Die

Aufnahme in eine Gesellschaft

des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural - Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

ACAD. LIBR. MED. RAT. BIBL.

vorgelegt

von

Walter Bulk

Referendar.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Den Manen
meines lieben Vaters.

Literatur.

1. v. Amira, Grundriss des germanischen Rechts.
2. Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, 1895.
3. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 1887.
4. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts, 3. Aufl.
5. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1., 2., 3. Aufl.
6. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 5. Aufl.
7. Crome, „Die partiarischen Rechtsgeschäfte" 1897.
8. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, Bd. 2, 1902.
9. Dernburg, Deutsches bürgerliches Recht, 2. Bd., 1901.
10. Dernburg, Pandekten, 3. Bd., 3. Aufl.
11. Dernburg, Preuss. Privatrecht, 5. Aufl.
12. Ehrenberg, Gesellschaftsvertrag, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgeg. von Conrad Elster, 4. Bd., 2. Aufl., 1900.
13. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 6. Aufl.

14. Fischer-Henle, BGB. m. Anmerk., 1899.
15. Francke, i. d. Zeitschrift „das Recht", VI. Jahrgang No. 16/17, die Gesellschaft des BGB. und Dritte, insbesondere bei Hinzutritt eines neuen Gesellschafters.
16. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl.
17. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., 1895.
18. Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände, Rede, 1902.
19. Gierke, Die Genossenschaftstheorie, 1887.
20. Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe, in Becker und Fischer, Beiträge etc. Heft 18.
21. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht, 2. Bd., 1873, 3. Bd.
22. Gösch, H., Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft, 1900.
23. Goldmann, Das HGB., kommentiert 1902.
24. Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1900.
25. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
26. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, 1900.
27. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 1901.
28. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1. Bd., 1903.
29. Hergenhahn, Offene Handelsgesellschaft.
30. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, 1885.
31. Hölder, BGB., Kommentar zum allgemeinen Teil, 1900.

32. Holtzendorff, Rechtslexikon, 3. Bd., 2. Aufl.
33. Jörges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 49. und 51. Bd.
34. Juristische Rundschau der Deutschen Juristen-Zeitung, 5. Jahrgang, No. 13.
35. Karlowa, römische Rechtsgeschichte, 2. Bd., 1901.
36. Knoke, Das Recht der Gesellschaft, 1901.
37. Knoke, Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft des BGB im Archiv für bürgerliches Recht, Kohler-Ring, 1901.
38. Kopp, Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters nach BGB., 1902.
39. Krech, Die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden, 1900.
40. Kriegelii, Fratres, Corpus iuris civilis, pars prior, 1872.
41. Kühne, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft, 1901.
42. Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften in Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 1885.
43. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften, 1898.
44. Lehmann-Ring, Kommentar zum HGB., 1899—1901.
45. Leist, Zur Geschichte der römischen Sozietas.
46. Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit, 1899.
47. Makower, HGB. mit Kommentar, 12. Aufl. 1898.
48. Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3.—4. Aufl., 1. Bd.

49. Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, 1901.
50. Motive zum BGB., 2. Bd.
51. Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, 1900.
52. Oertmann, Kommentar zum BGB., 1899.
53. Planck, Kommentar zum BGB. 1. und 2. Bd., 1898—1900.
54. Protokolle, 2. Bd.
55. Reichsgerichtsentscheidungen, 16 Bd.
56. Reichs-Ober-Handelsgerichts-Entscheidungen, 14. und 18. Bd.
57. Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, 1898.
58. Schoenberner, Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft, 1901.
59. Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse im BGB., 1897.
60. Seinsch, Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine Gesellschaft des BGB., 1901.
61. Sohm, Die deutsche Genossenschaft, 1889.
62. Staub, Kommentar zum HGB., 1900.
63. Staudinger, Kommentar zum BGB., 2. Bd., 1901.
64. Stobbe, Miteigentum und gesamte Hand in der Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, Rudorf-Bruns, 1894.
65. Weiland, Gesellschaftsschulden.
66. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., 2. Bd., 1900.
67. Zitelmann, Das Recht des BGB.
68. Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen.

Inhalt.

I. Abschnitt:

Vorbereitende Erörterungen.

A. Einleitung: Lücke des BGB.

B. Abhandlung: Versuch der Ausfüllung.

I. Ableitung der tatsächlichen Aufnahmemöglichkeiten aus dem natürlichen Gesellschaftsbegriff (§ 1).

II. Wesen und Begriff der Gesellschaft des BGB. im Licht der historischen Entwicklung (§ 2).

II. Abschnitt:

Möglichkeit der Aufnahme im Allgemeinen.

III. Ableitung der Rechtswirkung der natürlichen Aufnahme-Möglichkeiten aus der Konstruktion der bürgerlichen Gesellschaft.

a) Aufnahme ohne Wegfall eines bisherigen Gesellschafters.

1. Im allgemeinen (§§ 3—8).

III. Abschnitt:

2. Die Einzelmodalitäten des Eintritts zwecks Erhöhung der Mitgliederzahl (§§ 9—10).

IV. Abschnitt:

Die Ersatzaufnahme.

b) Eintritt an Stelle eines fortgefallenen Gesellschafters.

1. ohne entsprechende Vorschrift des Societätskontraktes kraft Mehrheitsbeschluss, Handlung der Geschäftsführer oder Einführung durch ein in der Verbindung bleibendes Mitglied (§ 11),
2. in den für die Aufnahme ohne Wegfall eines Socius als zulässig erkannten Arten (§ 12).
3. Infolge Verfügung unter Lebenden (§ 13).
4. Infolge Erbgangs (§ 14).

V. Abschnitt:

C. Schluss: Übersicht der sich ergebenden Aufnahme-Möglichkeiten.

I. Abschnitt.

Einleitung.

Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine nach bürgerlichem Recht begründete Gesellschaft, d. h. die Willenseinigung zwischen der Sozietät und einem bisher ausserhalb ihres Personenverbandes stehenden Rechtssubjekt über dessen Beitritt als Sozius, ist aus naturnotwendigen wie rein praktischen Gründen eine sich häufig wiederholende Erscheinung. Man sollte daher erwarten, dass diesem bedeutsamen tatsächlichen Lebensvorgang eine eingehende und ausdrückliche gesetzliche Regelung zu Teil geworden wäre. Weit gefehlt! Während das HGB. im § 130 für die offene Handelsgesellschaft Vorschriften über den Eintritt gibt, schweigt das BGB. über den entsprechenden Fall bei der bürgerlichen Gesellschaft gänzlich, obwohl für diese sowohl wie für jene eine das in Rede stehende Faktum regelnde Bestimmung von unverkennbarem Nutzen wäre. Das Gesetz hat also hier eine Lücke, so dass sich die Frage nach den Möglichkeiten der Aufnahme nur durch logische Ergänzung der Gesellschaftsnormen des geltenden Rechts beantworten lässt. Der Mangel

einer zur vollständigen Ordnung eines Instituts erforderlichen Rechtsnorm kann einen doppelten Grund haben: Entweder der Gesetzgeber hat mit dem Weglassen einer Regel etwas Bestimmtes sagen, d. h. ein Gebot, Verbot, eine Erlaubnis oder gesetzliche Auslegungsvorschrift geben wollen, — dann besteht keine eigentliche Unzulänglichkeit der Satzung, — oder aber das Fehlen einer Vorschrift ist nicht auf seinen Willen zurückzuführen, — in diesem Falle liegt eine wirkliche Lücke vor, die im Wege der Analogie auszufüllen ist. Ob die bezeichnete Unvollkommenheit in der Normierung der Gesellschaft des BGB. beabsichtigt ist oder nicht, wie ferner der Mangel, falls er nicht gewollt, auszugleichen ist, oder, wenn er gewollt, welche Bestimmung der Gesetzgeber hiermit hat treffen wollen, alle diese Fragen sind augenblicklich Gegenstände lebhafter Meinungsverschiedenheiten. So viele von einander abweichende juristische Beurteilungen der Eintritt in die bürgerliche Sozietät im allgemeinen gefunden hat, ebenso zahlreiche und verschiedenartige Zusammenstellungen der einzelnen rechtlichen Möglichkeiten, in denen er sich vollziehen könnte, müssen sich natürlich ergeben. In den bisherigen Beleuchtungen dieser Kontroversen ist u. E. weder eine erschöpfende Aufstellung der zulässigen Aufnahmearten gegeben, noch, wie das folgende glaubhaft zu machen suchen wird, die Voraussetzung für eine solche vollständige Übersicht, nämlich die Beantwortung der Frage, ob der Beitritt unter Aufrechterhaltung der Gesellschaft erfolgen kann, entgültig gelöst worden. Beiden Unfertigkeiten nach Möglichkeit abzuhelfen sollen diese

Erörterungen einen bescheidenen Beitrag liefern. Demnach ist zunächst auf eine nähere Prüfung und Bewertung der erwähnten streitigen Konstruktionen einzugehen und eine feste Stellungnahme zu gewinnen, die ihrerseits wieder bedingt ist durch eine gründliche Betrachtung des Wesens und Begriffs der Gesellschaft, als eines geschichtlich gewordenen Instituts der Gegenwart.

§ 1.

Bevor jedoch die juristische Konstruktion der societas des heutigen Rechts Objekt der weiteren Untersuchung wird, erscheint es im Interesse einer, soweit angängig, alle Möglichkeiten in Erwägung ziehenden Darstellung angemessen, den natürlichen Gesellschaftsbegriff festzustellen und aus ihm kurz die rein tatsächliche Ausführbarkeit der Aufnahme neuer Mitglieder abzuleiten.

Eine Sozietät wird geschlossen, um durch gemeinschaftliche Kooperation zu erreichen, was der einzelne Mensch nicht zu Stande zu bringen vermag, ist also im schlichten landläufigen Sinne nur eine Vereinigung mehrerer einzelner Individuen zur Durchführung bestimmter gemeinsamer Zwecke mit vereinten Kräften. Eine solche Verbindung, in dieser weiten Bedeutung, kann natürlich in der verschiedensten Weise neue Mitglieder aufnehmen. Die einfachsten und zugleich naheliegendsten Verfahrensarten würden die Einführung durch einen Gesellschafter, der Majoritätsbeschluss sein, deren Anwendbarkeit aber selbstverständlich auf ver-

hältnissmässig wenige Associationen ganz bestimmter Art beschränkt sein wird, da ein engeres gesellschaftliches Zusammenschliessen in der Regel ein besonderes Vertrauen der sich verbindenden Personen gegeneinander voraussetzt, daher leicht zu bewerkstelligenden Wechsel der Genossen nicht verträgt. Bei grossen Verbänden zu dauernden, vielleicht sogar öffentlichen Zwecken, wird man in dubio annehmen dürfen, dass der Eintritt neuer Mitglieder ohne Weiteres vom Mehrheitsbeschluss der augenblicklich die Korporation Bildenden abhängig ist, während anderseits eine engere Gemeinschaft, deren Wille dennoch auf eine derartige Regelung des Beitritts neuer Teilnehmer gerichtet ist, ihre dahingehende Absicht jedenfalls in ihrem Statut ausdrücklich zu erklären haben wird. Ferner kann der Gesellschaftsvertrag die Aufnahme eines bestimmten oder noch unbestimmten neuen Mitgliedes von der Zustimmung aller Sozien, wozu diese sich auch im Kontrakt im voraus verpflichtet haben können, oder von einem Majoritätsbeschluss oder einem Akt der Geschäftsführer abhängig machen. Eine weitere Möglichkeit wäre eine Übereinkunft der Gründer, dass zum Beitritt einer Person ein Nachtragsvertrag erforderlich sei, der den grundlegenden Kontrakt auf den neuen Teilnehmer ausdehne. Begrifflich ausgeschlossen ist auch nicht die Vorstellung, dass bei besonders engen Vertrauensverhältnissen durch den Eintritt eines Neulings die alte Gesellschaft gesprengt werde und eine neue entstehe. Dieser Fall, bei dem man eigentlich von einer „Aufnahme“ nicht mehr reden kann, wird wohl praktisch selten oder nie vorkommen.

Nur insofern die alte Sozietät gewissermassen in den bisherigen socii fortlebt und, mit dem neuen verbunden, in einer zweiten weiter existiert, kommt der Erfolg dem des Begriffes der Aufnahme gleich. Endlich ist ein Mitgliederwechsel in der Weise denkbar, dass an die Stelle eines bisherigen Gesellschafters, der aus irgend einem Grunde ausgeschieden ist, ein anderer rückt, der vorher der Verbindung nicht angehörte. Dies kann wieder in allen den angeführten Formen geschehen und ausserdem durch Verfügung des bisherigen Gemeinschafters über seine Mitgliedschaft unter Lebenden, mit oder ohne Einwilligung der übrigen Sozien oder im Wege der Erbfolge einzelner oder mehrerer Universalsuccessoren desselben Erblassers, wobei diese einen von ihnen als socius präsentieren können. Der Eintritt des oder der Nachfolger eines Verstorbenen lässt sich dann abermals in derselben Weise regeln wie der ohne Wegfall eines Mitgliedes. — Der natürliche Begriff der Gesellschaft erlaubt also eine ganze Reihe von Possibilitäten des Beitritts; eine andere Frage aber ist die, welche Rechtsfolgen das BGB. an diese verschiedenen Tatbestände knüpft, mit anderen Worten, welche Arten der Aufnahme es giebt, die nicht durch den gesetzlichen Gesellschaftsbegriff ausgeschlossen sind. Dieser ist demnach nunmehr zu betrachten und abzugrenzen.

§ 2.

Das heutige bürgerliche Sozietätsrecht, das sich in den §§ 705—740 BGB. findet, bildet den Abschluss

einer Jahrtausende langen Entwicklung und hat seinen Ursprung in den Rechten der Römer und Deutschen. Die römische societas ist aus einem „Obsequiumsverhältnis“ [1] der liberi gegenüber den parentes entstanden. Die Eltern bilden mit ihren Kindern zusammen eine Genossenschaft. Dadurch, dass die Geschwister gemeinsam erben, entwickelt sich später eine societas omnium bonorum; die Erbquoten sind die Anteile der Gesellschafter. Dieses fraternum consortium ist die Wurzel der societas des klassischen römischen Rechts, die sich mithin in ihren Uranfängen nicht als eine reine Vermögensgemeinschaft, sondern als die Gesamtheit der Blutsverwandten darstellt, „suas suorumque iniurias persequi“.[2]

---

1) Leist a. a. O. S. 4.

2) Leist S. 31. — Karlowa a. a. O. S. 651 ff. entwickelt dagegen mehrfache Unterschiede zwischen dem ursprünglichen fraternum consortium und der späteren societas omnium bonorum, wie z. B. Auflösung durch Tod und Kündigung wohl dieser, aber nicht jenes, Entstehung des einen aus dem Wunsche auf Fortdauer des Familienverhältnisses, der anderen aus selbstnützigen Gründen und glaubt daraus den Schluss ziehen zu müssen, dass die Sozietät nicht aus der Erbengemeinschaft hervorgegangen sei. Die Tatsache des Vorhandenseins solcher Verschiedenheiten unter den beiden römischen Gemeinschaftsformen vermag indess u. E. nicht die Richtigkeit der hier vertretenen entgegengesetzten Auffassung aufzuheben, dass die spätere aus der früheren hervorgegangen sei. Denn die zeitlich vorausgehenden Sozietätsarten divergieren stets von den nachfolgenden. So ist beispielsweise später zur Begründung einer societas ein „reales Moment“ (gemeinsames Leben oder Zusammenwohnen, cf. Karlowa S. 656) nicht mehr erforderlich, auch haben, im Gegensatz zu den früheren genossenschaftlichen Gebilden, die Mitglieder Beiträge (Karlowa S. 657) zu leisten Ausserdem legt die Entstehung der deutschrechtlichen Gesellschaft aus dem Ganerbenverbande einen entsprechenden Analogieschluss auf den Ursprung der

Allmählig entstehen nach dem Vorbild der Erbengemeinschaft andere private Personenverbindungen, zunächst aber noch eng an den Staat gegliedert; z. B. die noch mehr offiziösen Sozietäten der publicani,[3] mit denen die res publica romana zu kontrahieren beginnt. Endlich begründen auch Privatpersonen Gesellschaften ohne jeden staatlichen Charakter zu gemeinschaftlichem Betrieb von Handelsgeschäften.

Ganz analog den römischen sind auch die ersten germanischen Personenverbände die Erbengemeinschaften,[4] während aber die alten Deutschen „Ganerben" eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bilden, können die heredes in Rom baldige oder gar unverzügliche Teilung verlangen, Fortdauer der Verbindung ist ungewöhnlich. Der Ausdruck: „gesamte Hand", d. h. Verstrickung der einzelnen Hände zu einer einzigen verfügenden, bezeichnet sehr anschaulich das feste Band, das die Erben umschlingt. Dieser Gegensatz, der weiter unten noch näher zu erörtern sein wird, beruht hauptsächlich darauf, dass das deutschrechtliche Verhältnis keine eigentlichen Anteile der Einzelnen kennt, vielmehr nur die den Einzelnen zustehende „Mitträgerschaft" (Gösch, a. a. O., S. 25) des einheitlichen Rechts der Gesellschafter an dem Gesellschaftsververmögen oder den Anteil blos am jeweiligen Wert des gemeinsamen Vermögens oder die für jeden Mit-

römischen Sozietät nahe, da kein römischer Rechtssatz einer derartigen Folgerung entgegensteht, und viele Umstände, wie das Bestehen des fraternum consortium, zu ihr drängen.

3) Leist S. 34, 35 ff.

4) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 664 ff. Ehrenberg S. 225 ff. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. I S. 78.

berechtigten später bei der auf die Auflösung der Gemeinschaft folgenden Auseinandersetzung sich ergebende Quote. Lediglich diese Mitsubjektivität bezw. dieser Wertanteil oder erst zu erwartende, erst nach Sprengung des Bandes für den einzelnen Teilhaber berechenbare Bruchteil des Gesamtguts ist gemeint, wenn im Folgenden von „Anteilen" der Gesamthänder die Rede ist. Hieraus folgen als weitere Eigentümlichkeiten des deutschrechtlichen Personenverbandes ein Verfügungsrecht nur aller Gemeinder zusammen, ja Ausschliessbarkeit des Rechts auf Teilung überhaupt, ein Bestehenbleiben der Gemeinschaft beim Ausscheiden eines Miteigentümers, dessen Anteil am Gesamtgute dann den übrigen zuwächst, während die römisch-rechtliche communio, dem individualistischen Eigentumsbegriff der Römer gemäss,[4*] dem Mitberechtigten Bruchteile am gemeinsamen Vermögen einräumt, ihm darüber selbständige Verfügungsmacht und das Recht giebt, jeder Zeit Teilung zu verlangen. Beim Ausscheiden eines condominus fällt der Personenverband in seine Bestandteile auseinander.

Durch die Rezeption finden die Prinzipien der römischen Gemeinschaft Eingang in das Gesellschaftsrecht der Deutschen. Im Mittelalter erfolgt dann wieder eine Umbildung der Handelsgesellschaften auf deutschrechtlicher Basis, die bürgerlich-gemeinrechtliche Sozietät aber bleibt ganz der römischen nachgebildet. Nur partikularrechtlich behauptet sich das Gesamthandsprinzip; besonders das ALR. legt es seiner Regelung der Gemeinschaftsverhältnisse zu Grunde.

4*) Kühne a. a. O. S. 9.

Grosser Formenreichtum entwickelt sich durch die neuere und neueste Gesetzgebung, die in zahlreichen Spezialgesetzen die verschiedensten Sozietätsarten ausbildet: die Gesellschaften des HGB., der Gewerbeordnung, des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes, des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, alle durch Art. 32 EGBGB. aufrecht erhalten, dazu die landesgesetzlicher Regelung überlassenen Genossenschaften des Deich-, Siel-, Forst-, Jagd-, Fischerei- und Wasserrechts, die sämtlich besondere von einander abweichende Ordnungen erfahren haben. Den Normen des BGB. unterliegen die Gelegenheitsgesellschaft des alten HGB., die nicht rechtsfähigen[5] und die im Inland nicht anerkannten ausländischen Vereine.[6] In den meisten dieser verschiedenen Gemeinschaftsverhältnisse ist das Prinzip der Gesamthand durchgedrungen, selbst das rheinisch-französische Recht hat es im allgemeinen rezipiert.[7]

Die Gesellschaft des ersten Entwurfes eines BGB. war dagegen grundsätzlich der römischen societas nachgebildet;[8] die Gesellschafter sind nur obligatorisch zu Leistungen verpflichtet, es besteht kein Sondervermögen; das sogenannte ist nichts anderes als eine Zusammenfassung der Bestandteile des Vermögens der Einzelnen. Jeder kann über seine Quote verfügen, sein Gläubiger in sie die Zwangsvollstreckung betreiben. Es besteht nur eine vertragliche Verpflichtung, die zum

5) § 54 BGB.
6) Art. 10 Satz 2 EGBGB.
7) Scherer, Recht der Schuldverhältnisse S. 995.
8) Planck, S. 452, Motive Bd. II S. 591 ff.

Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände in ihm zu belassen und eine gemeinsame Verwaltung zu dulden. Einen Anspruch auf Teilung der gemeinschaftlichen Vermögensstücke vor Beendigung des Verhältnisses giebt es nicht. Modifiziert ist diese rein obligatorische Beziehung durch die Vorschrift, dass für eine Sozietät zum Erwerb durch gewerbsmässigen Betrieb die Normen der offenen Handelsgesellschaft gelten, die Ansprüche eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsvertrage nicht übertragbar sein sollen, und der sozius, der mit dem Konkursschuldner sich in einer Gesellschaft befindet, wegen der kraft dieses Verhältnisses bestehenden Forderungen ein abgesondertes Befriedigungsrecht aus dem bei der Auseinandersetzung sich ergebenden Anteil des Gemeinschuldners habe.[9]

Im Gegensatz zu dieser Regelung adoptierte die zweite Kommission, wie überhaupt durch Gierkes erfolgreiches Wirken im neuen Entwurf deutschrechtliche Gedanken zu neuem Leben erweckt wurden, das Gesamthandsprinzip;[10] das moderne Recht der bürgerlichen Gesellschaft vereinigt die beiden Rechtselemente, das römische und germanische. Aus zwei ganz verschiedenen Wurzeln wuchs der junge Stamm der neuen Kodifikation empor. Ob aber die Rechtsfragen, die vom Gesetz nicht entschieden werden, in Konsequenz des einen oder des anderen Prinzips zu entscheiden sind, darüber gehen die Ansichten weit auseinander.

Die so als Produkt eines langen Entwicklungsganges sich darstellende Gesellschaft des BGB. „ist

9) KO. § 51, früher 44.
10) Planck S. 452.

eine vertragsmässige Vereinigung mehrerer Personen, die die Förderung eines gemeinsamen Zwecks durch Zusammenwirken der Gesellschafter anstreben".[11] Sie beruht also auf einem Vertrage, durch den sich nach § 705 BGB. die Kontrahenten verpflichten, die gemeinsamen Zwecke zu fördern, vor allem aber Beiträge zu leisten. Zur Entstehung selbst sind keine Handlungen zur Erreichung des Ziels erforderlich. Der Konsensualkontrakt ist formlos, es sei denn, dass Beiträge im Sinne von § 311 oder § 313 versprochen werden. Er gilt als geschlossen, wenn über alle Punkte Einigung erzielt ist. Eine Gesellschaft ist nach dem Gesagten also zunächst auch denkbar ohne Vermögen.[12] Häufig wird eine solche bestehen kurz nach der Begründung, bei Beginn des neugeschaffenen Verhältnisses, wenn es etwa eingegangen ist, um ein Zusammenwirken zur Herstellung eines Werkes, z. B. Abfassung eines Dramas oder wissenschaftlichen Erzeugnisses zu ermöglichen. In der Regel aber wird ein Gesellschaftsvermögen vorhanden sein, durch dessen dingliche Gebundenheit die Wirkung des Vertrages erweitert wird. Die Beiträge dürfen nach § 706 in Diensten oder Leistungen bestehen, die in Geld nicht schätzbar sind, eine Errungenschaft erst der modernen Rechtsentwicklung. Die Zwecke brauchen nicht vermögensrechtlicher Natur zu sein, vielmehr unterstehen auch „Gesellschaften mit idealen Tendenzen",[13] geselligen, sittlichen, politischen, religiösen, künstlerischen, wissen-

11) Planck S. 451, II[1].
12) Crome part. S. 16.
13) Crome part. S. 13.

schaftlichen, wohltätigen oder auch nur auf Verschaffung von Annehmlichkeitsvorteilen gerichteten Bestrebungen dem Sozietätsrechte des BGB. Die Besonderheiten, die es durch die Berücksichtigung des Grundsatzes der gesamten Hand gegenüber dem römischen Prinzip der communio zeigt, bestehen hauptsächlich darin, dass die Gesellschaft des BGB. ausser obligatorischen auch dingliche Wirkungen äussert.[14] Es existiert ein geschlossenes selbständiges Vermögen, das eine gewisse personenrechtliche Gebundenheit der gemeinschaftlich Mitberechtigten zur Voraussetzung hat. Anteile daran giebt es nicht,[15] über die der Einzelne verfügen könnte, nur Grundsätze über die Gewinnverteilung und Auseinandersetzung. Wenn das BGB. dennoch von „Anteilen" spricht, so gebraucht es diesen Ausdruck nur in dem Sinne der Mitträgerschaft des gesamthänderischen Rechts am Gesellschaftsvermögen wie z. B. in § 719 oder in der Bedeutung von Wertanteilen oder der erst nach Auflösung bei der Auseinandersetzung für jeden socius entstehenden Quoten wie beispielsweise in § 725. Das Gesamtgut ist für Lasten und Schulden gebunden, Verfügung darüber kann nur gemeinschaftlich erfolgen, ebenso die Prozessführung; zur Zwangsvollstreckung ist ein vollstreckbarer Titel gegen alle Gesellschafter erforderlich. Während demnach die römische societas, die, wie erwähnt, kein Gesellschaftsvermögen kennt, nur ein Inbegriff von Obligationen ist, besteht hier eine Einheit als Trägerin

14) Protokolle S. 429.

15) S. unten S. 60 f., vergl. Kühne a. a. O. S. 10, abweichend Lehmann-Ring, S. 219, Heusler S. 236. ff.

aller Rechte und Pflichten, ein Rechtsgebilde, das sich der juristischen Person nähert. Von dieser aber ist es streng zu scheiden. Denn der Sozietät fehlt die Rechtsfähigkeit und ihr Geschäftsführer ist nur Bevollmächtigter, hat nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Deshalb sind insbesondere die Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung keine Gesellschaften, obwohl sie so bezeichnet werden, vielmehr Körperschaften, da sie Rechtssubjektivität erlangt haben. Immerhin erscheinen die genannten Abweichungen der heutigen bürgerlichen Sozietät von der römischen nach der Seite der Bildung einer festen Einheit doch als so erheblich, dass die Gesellschaft des BGB. durch den Gesellschaftsvertrag, bei der vornehmlich dispositiven Natur der für dieses Verhältnis geltenden Normen, der Korporation in hohem Grade angenähert werden kann, sodass diejenigen rechtlichen Bestandteile der römischen societas, die ihr gerade charakteristisch waren, wie z. B. die ausschliessliche Bedeutsamkeit des Individuums, heute als beseitigt gelten dürften.[16] Auch mit der Gemeinschaft ist die Gesellschaft nicht ohne weiteres zu identifizieren. Jene ist der weitere Begriff, diese der engere. Die Gemeinschaft kann auf Zufall beruhen (communio incidens), ohne Sozietätsverhältnis bestehen und auch im Willen der Beteiligten ihren Grund haben, ohne dass doch ein Gesellschaftsvertrag geschlossen ist, wie beispielsweise bei der Sammellagerung. Sodann liegt eine Sozietät nicht vor, wenn ein Gewerbetreibender seinem

16) Giercke, Vereine S. 26.

Gehülfen einen bestimmten Gewinnanteil verspricht, da jener zur Förderung des gemeinsamen Zwecks nicht verbunden ist.[17] Selbstverständlich kann auch bei einer Gemeinschaft von Personen, die durch gemeinsamen Vertrag eine Sache erworben haben, von einem Gesellschaftsverhältnis dann keine Rede sein, wenn sie sich nicht zur Förderung der daraus entspringenden gemeinsamen Interessen gegenseitig verpflichtet haben. Von den Handelsgesellschaften endlich, speziell den offenen, unterscheidet sich die Sozietät des BGB. sehr erheblich. Es finden zwar ergänzend auf jene die Regeln des BGB. Anwendung, auch hat dieses viele Rechtssätze der offenen Handelsgesellschaft des alten HGB. übernommen,[18] aber die Abweichungen sind doch so fundamental, dass man die zuerst genannte schlechterdings nicht Art, sondern höchstens „Abart“[19] der andern nennen kann. Die wichtigsten Unterschiede sind: Die bürgerliche Gesellschaft dient, wie gezeigt, den verschiedensten auch blos vorübergehenden Zwecken (Gelegenheitsgesellschaft) und ihre Mitglieder haften nur nach den allgemeinen Regeln der §§ 420 ff. BGB., soweit diese nicht durch die lex specialis des § 735 BGB. ausgeschlossen werden, dass die Sozien nach dem Verhältnis für die Schulden aufkommen müssen, nach dem sie dem Vertrage gemäss den Verlust zu tragen haben. Die offene Handelsgesellschaft dagegen kann nur gegründet werden zum gemeinschaftlichen Betrieb eines vollkaufmännischen

17) Cosack, BGB. 1. Bd. 1. Aufl. S. 389.
18) Cosack, HGB.
19) Staub a. a. O. S. 386 Anm. 12.

Handelsgewerbes, der Einzelsozius haftet mit seinem ganzen Vermögen in erster Linie, unmittelbar, unbeschränkt, gesamtschuldnerisch. Das Gesellschaftsvermögen besitzt eine grössere Selbständigkeit und Kontinuität, und die Firma lässt die Individualität der Mitglieder stark zurücktreten, wodurch eine sehr feste Einheit der ganzen Personenverbindung geschaffen ist. — Aus dieser Feststellung des Wesens der Sozietät des BGB. und Abgrenzung ihres Begriffes sind nunmehr die Möglichkeiten der Aufnahme eines neuen Gesellschafters abzuleiten. Das oben gewonnene Ergebnis der Ermittelung der natürlich begrifflichen Modalitäten dient hierbei als Wegweiser. Demnach sind zuvörderst diejenigen Möglichkeiten auf ihre Rechtswirksamkeit zu prüfen, die ohne Fortfall eines bisherigen Gesellschafters vorstellbar sind.

II. Abschnitt.

§ 3.

Hierbei, wie im Verlauf der ganzen weiteren Betrachtung, wird infolge des engen Gesellschaftsbegriffs des BGB., der, wie gezeigt, nur wenige aller möglichen Arten von Personenverbindungen umfasst, logischerweise folgende Erwägung zu Grunde liegen: Widersprechen rein tatsächliche Möglichkeiten der Aufnahme dem gesetzlichen Sozietätsbegriff, so ist ein in einer dieser Formen erfolgter Beitritt nichtig, d. h. er gilt rechtlich als nicht erfolgt, es treten die Rechtswirkungen des Eintritts nicht ein. Wollen die Gesellschafter dennoch, dass der so geschehene Beitritt wirksam sei, so bleibt ihnen nur die Alternative, entweder eine überhaupt andere Personenverbindung, bei der solche Aufnahme von rechtlichem Erfolg begleitet ist, einzugehen oder aber, wenn sie ihr Gesellschaftsverhältnis beibehalten wollen, eine neue Sozietät zu schliessen mit dem Aufzunehmenden als Mitkontrahenten.

Ist mithin der Beitritt geschehen, ohne dass das BGB. ihn in der Form, in der er stattfand, zulässt, so muss, da die Absicht der Gesellschafter darauf geht,

mit der Aufnahme auch die Rechtsfolgen einer solchen herbeizuführen, entweder der Abschluss eines neuen Sozietätsvertrages oder die Begründung einer ganz andern Vereinigung angenommen werden. Da aber praktisch die Sozien, die doch nun einmal gerade dieses Gesellschaftsverhältnis eingegangen sind, weil es der Erreichung ihrer Zwecke am besten dient, stets das erste wollen werden, nie das zweite, so kommt nur jenes in Betracht. Folglich ist rechtliche Erfolglosigkeit des Beitritts trotz Wollen des Erfolges gleichbedeutend mit Auflösung der alten und Gründung einer neuen Sozietät. Die Frage nach den Möglichkeiten der Aufnahme, d. h. die Frage, wie eine Aufnahme mit rechtlichem Erfolg stattfinden könne, ist demnach folgendermassen präzise zu formulieren: Was können die Gesellschafter nach BGB. tun, wenn sie einen neuen Gesellschafter aufnehmen und dabei nicht wollen, dass die alte Sozietät aufgelöst und ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen werde.

Fasst man unter diesem Gesichtspunkt die sehr naheliegende Möglichkeit ins Auge, dass der Sozietätskontrakt über den Eintritt neuer Mitglieder nichts bestimmt, und nun die Sozien ohne weiteres auf Grund blossen Majoritätsbeschlusses oder eines Aktes der Geschäftsführer einen neuen Genossen ihrem Kreise einreihen, so ist sofort bei Vergegenwärtigung des Gesellschaftsbegriffes des BGB. klar, dass auf diese Weise nicht der rechtliche Erfolg einer Aufnahme erzielt wird, also, falls ein solcher von allen Mitgliedern gewollt ist, ein neuer Kontrakt abgeschlossen werden muss, falls nicht der Beitritt rechtlich als nicht statt-

gefunden gilt. Eine entgegengesetzte Ansicht würde das innerste Wesen der Sozietät verkennen. Zwei Grundformen bestehen für Verbände zur Erreichung gemeinsamer Zwecke: die Korporationen und die Gesellschaften. Die Körperschaften verwirklichen, wie oben gesehen, den Gedanken der Einheit durch Annahme juristischer Persönlichkeit; das dem gemeinsamen Zweck gewidmete Vermögen gehört dieser Korporation, nicht ihren Genossen. Die Gesellschaft dagegen verwirklicht den Zweck der Gemeinschaft nur durch gegenseitig geschuldete Leistungen, das diesem Zweck gewidmete Vermögen gehört den Gesellschaftern; die Gesellschaft als solche ist kein besonderes Rechtssubjekt. Begriff und Wesen der juristischen Person sind zwar streitig,[20] zahlreiche Theorien bestehen darüber, von denen die bedeutsamsten sind die Fiktionstheorie (Savigny, Kommentatoren), die Theorie des Zweckvermögens (Brinz) und die Theorie der realen Verbandspersönlichkeit, die im Gegensatz zu den beiden zuerst genannten Annahmen einer künstlichen Person (Fiktionstheorie) oder subjektsloser Rechte (Theorie des Zweckvermögens) eine wirkliche Person als gegeben erachtet[21] einen übermenschlichen Organismus,[21*] eine Überperson und jetzt als herrschende angesehen zu werden verdient, aber dass die Korporation Rechtspersönlichkeit besitzt und die Gesellschaft nicht, steht ein für allemal fest. Diese beiden grossen Gegensätze

20) Holtzendorff, Rechtslexikon III, A. 2, S. 420–421.

21) Zitelmann „mehr Sein als Schein". Gierke, „Das Wesen der menschlichen Verbände" S. 10 f.

21*) Gierke, „Das Wesen der menschlichen Verbände" S. 12.

bestehen im Deutschen Recht wie in Rom, jedoch erhielt bei den Deutschen die Sozietät eine Gestalt, die sie der Körperschaft annähert, durch die Verbindung der Gesellschafter zur gesamten Hand: Die verschiedenen Willen der einzelnen Gemeinder sind derart in einander verstrickt, dass sie sich nur in ihrer Verschmelzung äussern können. Hiernach bedarf es des gemeinsamen Handelns; Vorgehen der Einzelnen ohne Mitwirkung der andern ist ausgeschlossen. Hierdurch gestaltet sich das Vermögen, über das die Genossen nur vereint verfügen können, notwendig zu einem sogenannten Sondervermögen, das sich von den übrigen Vermögen der Gesellschafter scheidet. Diese Vergemeinschaftung des Willens und Absonderung des Gesamtguts, die, wie aus § 718 I BGB. hervorgeht, von unserm heutigen Recht angenommen worden ist, und in der man zwar einen „Ansatz zur selbständigen Rechtssubjektivität“ [22] finden kann, führt aber noch keineswegs zu einer solchen Konzentration des gemeinsamen Wollens und Handelns, dass deshalb eine über den Einzelnen stehende Person als Trägerin aller Rechte und Pflichten der Gesellschaft anzunehmen wäre. Es fehlt eben bei der societas der Einigungswille: Die Socien selbst treten als selbständige Subjekte des Gesellschaftsvermögens auf, allerdings nur in ihrer Gesamtheit, allein durch das Mittel ihrer innigen Verknüpfung. Nicht handelt der einzelne Gesellschafter für eine dritte Wesenheit, von der er nur wie die übrigen Genossen einen Teil bildet, sondern alle handeln zusammen für sich und die andern. Die

22) Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse S. 72.

Mitglieder einer Körperschaft dagegen handeln für die Einheit. Das Gesetz selbst zieht bei der Regelung der Sozietät schon sehr deutlich die Consequenzen dieses Mangels eines über den einzelnen Gesellschaftern stehenden Subjekts in den Bestimmungen, dass sie als solche nicht einmal klagen und verklagt werden kann und keine formelle Parteifähigkeit besitzt, wie die offene Handelsgesellschaft. Und noch ein weiterer bedeutsamer Unterschied kommt hinzu: Schon die römische societas hatte zur Voraussetzung, dass diejenigen, die sich zu einer Gesellschaft zusammenschlossen, sich als gleichberechtigt ansehen konnten, ohne Erfüllung dieser latenten Bedingung war der „animus contrahendae societatis“ [23] unmöglich. Und auch heute besteht die Absicht der Parteien nur bei wechselseitiger Gleichberechtigung mit andern eine Sozietät zu begründen. Ganz anders bei der Korporation: Hier können Personen des verschiedensten Ranges und Standes, mit ganz ungleichen Rechten und Pflichten Mitglieder sein, auf den Einzelnen kommt es hier in keiner Beziehung an. Darin eben besteht die unverrückbare Schranke, die tiefe Kluft, die Gesellschaft und Körperschaft unüberbrückbar von einander scheidet. Bei dieser ist der Einzelne nichts, bei jener sozusagen alles.[24] Diese ist ein neues, zweites, von den menschlichen Individuen unabhängiges Wesen,[24*] für dessen Dasein

---

23) Crome, part. S. 94

24) Von einer „formellen Rechtsfähigkeit“ der Gesellschaft als solcher zu sprechen wie Meurer a. a O. S. 107—111, ist daher wohl nicht angängig.

24*) Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände S. 22.

die Beschaffenheit und Anzahl seiner Glieder ganz und gar gleichgültig ist, ein Körper, dessen Atome sich in stetem Wechsel erneuern, ohne dass er doch aufhört, zu existieren, jene eine Vielheit von Subjekten, die sich obligatorisch miteinander verbunden haben und daher eine Änderung in der Zusammensetzung ihrer Mitkontrahenten nicht ohne irgendwelche Mitwirkung aller zu dulden brauchen. Einer Aufnahme durch blossen Majoritätsbeschluss, eine Handlung eines Organs oder Einführung seitens eines Mitgliedes steht demnach zwar bei der Korporation nichts im Wege, bei der Sozietät aber ist sie begrifflich ausgeschlossen. Kein socius, um es noch schärfer zu präzisieren, den andern nur persönlich verpflichtet, wie diese ihm, ist gehalten sich zum wenigsten nicht ohne weiteres, wider seinen Willen, ohne sein Mittun, seine Zustimmung, einen beliebigen Fremden als neuen Mitkontrahenten oktroyieren zu lassen. Eine in der beschriebenen Weise stattfindende Aufnahme ist also bei der Gesellschaft des BGB. rechtlich ohne Erfolg. Dies dürfte als feststehend bezeichnet werden.

§ 4.

Durchaus konträren Auffassungen begegnet man dagegen in den Erörterungen über die Frage, ob das BGB. einen Gesellschaftsvertrag mit der Abmachung zulasse, dass neue Gesellschafter anfgenommen werden könnten; mit andern Worten, dass hier jeder Mitkontrahent von vornherein seine Zustimmung zur Aufnahme beliebiger Mitglieder ein für allemal erkläre.

Jeder Eintretende würde sich dann eben durch seinen Beitritt mit dieser Bestimmung einverstanden erklären und so seinerseits wieder im Voraus seinen Konsens für weitere Aufnahmen neuer Genossen erteilen. Diese Klausel des ursprünglichen Sozietätskontrakts setzt voraus, dass alle Teilnehmer dem kraft ihr geschehenen Eintritt auch rechtlichen Erfolg sichern möchten, hier also wie bei allen durch Vertrag bestimmten Aufnahmearten, ist die stillschweigende Absicht der Kontrahenten zu unterstellen, der Beitritt solle unter Fortbestand der alten Gesellschaft stattfinden. Ob das BGB. diesem Willen der Parteien entgegenkommt, ist, wie gesagt, streitig.

Für die gesetzliche Zulassung der Aufnahme in eine fortbestehende Gesellschaft auf Grund besonderer Bestimmung des grundlegenden Vertrags sprechen folgende Gründe: Wenn das BGB. in den Paragraphen, die von der Sozietät handeln, über den Eintritt in eine solche nichts sagt, so liegt hein Grund vor anzunehmen, der Gesetzgeber habe hierdurch eine bestimmte Direktive geben wollen; vielmehr besteht eine Lücke, die durch Analogie auszufüllen ist. Mithin ist zu sagen: Wie die Gesellschafter nach den §§ 736, 737 und 727 I durch den Gesellchaftsvertrag festsetzen können, dass beim Ausscheiden, Ausschliessen oder Tod eines Mitgliedes die alte Sozietät fortbestehen solle, so steht ihnen auch das Recht zu, das Gleiche anzuordnen für den Fall des Beitritts eines neuen Genossen.[25] Beim Tod eines socius kann das Gesellschaftsverhältnis von den Überlebenden allein, aber auch mit dem Erben des Ver-

25) Dernburg BGB. S. 553.

storbenen fortgesetzt werden,[26] ebenso bleibt auf Grund des Vertrages bei Kündigung, Auschliessung oder Konkurs eines Gesellschafters die alte Sozietät bestehen. Dies könnte doch nicht der Fall sein, wenn durch Eintritt eines neuen Mitgliedes die Gesellschaft trotz gegenteiliger Bestimmung des Kontrakts aufgelöst würde.[27] Gegen die Berufung auf die §§ 727 I und 736 lässt sich aber geltend machen, dass sie nur die Sozietät aufrechterhalten wollen gegen Auflösungsgründe, die ohne Willen der Gesellschafter in der Person eines socius eintreten. Zur Aufnahme eines Gesellschafters ist indes ein Willensakt der übrigen erforderlich. Aus den zuletzt angezogenen Rechtssätzen kann daher nicht auf Zulässigkeit des Beitritts geschlossen werden unter Fortbestehen der alten Sozietät, da sie kein Analogon für den Eintritt darstellen. Aus demselben Grunde lässt sich jedoch ebensowenig aus den genannten Normen per argumentum e contrario die Unzulässigkeit der Aufnahme herleiten: da das Gesetz für den Fall des Ausscheidens etc. eines Teilnehmers Vereinbarung des Fortbestandes gestatte, für den des Beitritts aber nichts bestimmé, sei dieser nicht von gleichem Erfolge begleitet.[28] Ausserdem ist § 736 schon deshalb nicht zugunsten der einen oder andern Ansicht auszulegen, da er nur ein Ausnahmeparagraph ist, um einem praktischen Bedürfnis entgegenzukommen.[29] Vielmehr darf daraus, dass in den genannten Paragraphen

---

26) Fischer-Henle zu § 727 Anm. 1.
27) Hölder zu § 54, 2c.
28) Ebenso Knoke, Eintritt etc. S. 171.
29) Motive II S. 630.

der Parteiwillkür breiter Spielraum gelassen ist, das ganze Gesellschaftsverhältnis überhaupt auf einem Vertrage beruht, und nur wenige Normen dieser Materie zwingender Natur sind, wie z. B. die §§ 705, 723 III, 725, 728, geschlossen werden, dass das Sozietätsrecht grundsätzlich dispositiv ist,[30] und daher vertraglich die Lücke des Gesetzes im Sinne der Zulässigkeit der Aufnahme unter Aufrechterhaltung der alten Sozietät ausgefüllt werden kann.[31] Der Gesellschaftsvertrag ist eben das Entscheidende, die Gesetzesvorschriften werden prinzipiell nur ergänzend für das angewandt, was durch keine Vereinbarung geregelt ist. Das Fehlen einer Vorschrift über den Eintritt spricht also für seine Zulässigkeit.[32]

Diese Auffassung bekräftigen ferner folgende Erwägungen: Wie der Vergleich des heutigen bürgerlichen Sozietätsrechts mit der römischen Gesellschaft lehrt, steht es in den wesentlichsten Beziehungen unter deutschrechtlichen Anschauungen, sodass Lücken des Gesetzes in diesem Sinne zu ergänzen sind.[33] Die deutschen Grundsätze äussern sich vor allem darin, dass das Rechtsprinzip der gesamten Hand das Gesellschaftsrecht beherrscht, allerdings wieder nur soweit es nicht von den Parteien vertraglich ausgeschlossen wird, wozu sie aber keine Veranlassung haben werden,

30) Ebenso Crome BGB. I S. 259; Ehrenberg S. 225; Gierke, Vereine S 14.

31) Zustimmend: Crome BGB. 2. Bd S. 803. Cosack BGB. 2. Bd., 3. Aufl., S. 414. Matthiass a. a O. S. 643 f. Staudinger a. a. O S. 579. Gösch a a. O. S. 14. Kühne a. a. O. S. 12.

32) Gierke, Vereine S. 15 und 16.

33) Gierke, Vereine S. 26.

da die Regelung nach dem genannten Grundsatz ihren Interessen am meisten entsprechen dürfte.[34] Man schliesst auf die Geltung des Gesamthandsgedankens im heutigen Sozietätsrecht aus dem § 719 BGB., der dem socius verbietet, „über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen" zu verfügen. Schon das früher Erörterte liess hierin ein Hauptmerkmal dieser deutschrechtlichen Idee erblicken, und in der Tat kann das genannte Verbot weder aus dem Obligationenrecht abgeleitet werden, weil dies keine Unmöglichkeit, sondern nur eine Verpflichtung zu einem Nichttun zu bestimmen vermag, noch aus dem Sachenrecht, denn beim Miteigentum besteht gerade die entgegengesetzte Vorschrift. Demnach liegt ein besonderes personenrechtliches Band vor, das den Willen der Einzelnen aneinanderkettet, die gesamte Hand. So ist dieser Grundsatz für die zu lösende Frage von der grössten Bedeutung und daher einer kurzen Darstellung seiner Entwickelung und seines Begriffs wohl nicht zu entraten.

Der Rechtsgedanke der gesamten Hand findet sich im Obligationen- wie im Sachenrecht:[35] Es können mehrere Personen an einer Sache zu gesamter Hand mitberechtigt sein oder etwas zu gesamter Hand schulden müssen oder fordern dürfen. So bestand im deutschen Recht dies Prinzip beispielsweise bei der Gütergemeinschaft der Ehegatten,[36] beim Eigentum an Grund und Boden, wo die Gesamtheit der Mit-

34) Knoke, Eintritt S. 176.
35) Heusler S. 224.
36) v. Amira S. 114.

berechtigten die sogenannte „Markgenossenschaft" bildete,[37] Vasallenerben können Belehnung zu gesamter Hand verlangen u. s. w. Das erste Rechtsgebilde nach diesem Grundsatz war die Hausgemeinschaft der Brüder nach dem Tode des Vaters.[38] Später wird die ganze Hausgemeinschaft so geordnet, während sie bis dahin bei Lebzeiten des Vaters ein herrschaftliches Verhältnis bildete. Es besteht jetzt eine Ehegenossenschaft und eine Gemeinderschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern. Endlich wird die Gesamthandsidee auch den Gemeinschaftsverhältnissen unter fremden Personen zugrunde gelegt: den bäuerlichen Gemeinderschaften, ritterlichen Ganerbschaften, Erbverbrüderungen des hohen Adels, lehnrechtlichen Gesamthandsverhältnissen, Arbeits- und Erwerbsgesellschaften, Handelsgesellschaften und endlich der Reederei. Bei allen diesen gesamthänderischen Beziehungen können die Gemeinder nur alle zusammen über das Ganze oder einen Teil des gemeinsamen Gutes verfügen, also hat keiner das Verfügungsrecht über das Ganze, ein einzelnes Stück oder einen ideellen Anteil.[39] Bruchteile ergeben sich überhaupt nur in Bezug auf den jeweiligen Wert des Gesellschaftsvermögens oder erst bei der auf die Auflösung des Personenverbandes folgenden Auseinandersetzung. Innerhalb einer solchen Gemeinsphäre bestehen nebeneinander oder miteinander verbunden eine einheitliche gesamt- und viele gesonderte Individualsphären: Mit den Gemeinschaftsbeziehungen

37) v. Amira S. 119.
38) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 665.
39) Heusler S. 236 ff.

sind Einzelrechtsverhältnisse an dem Gesamtgut verflochten.[40] In dieser Art kann genossenschaftliches Gesamteigentum bestehen, genossenschaftliche Gesamtnutzung und so fort. Somit erscheint die gesamte Hand ihrem Wesen nach als eine personenrechtliche Verbindung, wobei das gemeinsame Band, das die einzelnen Subjekte umschliesst, seinen Ursprung in einer vom Willen der Verbundenen unabhängigen Quelle oder in deren Vereinigungskontrakt haben kann. Die Bindung vermag einem dauernden oder blos vorübergehenden Zweck zu dienen.[41] — Diesen Charakter behielt das Prinzip bis in die neueste Zeit, obwohl es selbst schon im alten deutschen Recht dem des Verfügungsrechts über die Quote grundsätzlich Platz machte: dies geschah durch die Erlaubnis der Tradition von Grund und Boden auch bei Abwesenheit, d. h. ausserhalb der Grafschaft der belegenen Sache.[42] Es sollten hierdurch Vergabungen extra pagum ermöglicht werden, was aber doch nur durchführbar war, wenn das Erfordernis der Teilung vor der Vornahme solcher Vergabungen entfiel, da ja in absentia die Möglichkeit einer Teilung ganz und gar ausgesc lossen war. Wurde so durch einen Ganerben seine Quote veräussert, so war Mitwirkung der anderen zu gesamter Hand nicht erforderlich, es genügte ihr Konsens.[43] Dennoch aber erhielt sich dies Rechtselement, auch nach der Rezeption des römischen

---

40) Gierke, Deutsches Privatrecht S 539.
41) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 669.
42) Heusler 237.
43) Heusler a. a. O. S. 237.

Rechts, namentlich in der Ordnung der Handelsgesellschaften. Wie schon gesagt, ist es jetzt auch berücksichtigt worden bei der rechtlichen Gestaltung der bürgerlichen Gesellschaft. Es wurde z. T. deshalb vom BGB. übernommen, um ein gemeinsames Vermögen zu schaffen, das nicht zerstört werden könne durch beliebige Verfügung des Einzelnen über seine Anteile,[44] also damit die Sozietät nicht den allgemeinen Regeln über die Gemeinschaft unterliege, die der römischen communio im Prinzip nachgebildet ist. Zwar behaupten Duncker und Gerber,[45] die gesamte Hand sei wesentlich denselben Grundsätzen unterworfen, wie das condominium, auch Stobbe will keinen strengen Gegensatz zwischen beidem anerkennen,[46] es gäbe zwar ein reines Miteigentum in einigen Fällen, jedoch ebenso häufig Gesamteigentum durch Miteigentumssätze modifiziert; aber bei Vergegenwärtigung der geschichtlichen Entwickelung des gemeinsamen Merkmals vieler deutscher Rechtsinstitute, wird man doch zu dem Ergebnis kommen müssen, dass recht erhebliche Abweichungen vorhanden sind: Das römische condominium ist ein sachenrechtlich für sich bestehender selbständiger Rechtsgedanke, selbst da, wo, wie bei der societas, auch obligatorische Beziehungen als Wirkungen hervortreten, die Vermögenssphäre des Einzelnen ist genau abgegrenzt, wie Stobbe selbst zugibt,[47] teilbare Ansprüche stehen den Mit-

---

44) Protokolle S. 430.
45) Stobbe a. a. O. S. 208.
46) S. 213.
47) S. 214.

eigentümern anteilig zu,[48] jeder condominus ist „Sacheigentümer zu einer Quote“,[49] die daher auch derelinquiert und dann herrenlos werden kann.[50] Ob dabei das Recht (W ä c h t e r 'sche Theorie)[51] oder jeder Punkt der Sache als physisch geteilt vorgestellt werden muss oder, wie die neueren Theorien[52] behaupten, der Wert oder Nutzen der Sache geteilt ist, dies hier näher zu beleuchten, würde über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen; es genügt, festzustellen, dass die Ansichten hierüber auseinandergehen. Das Charakteristische der communio ist jedenfalls die Zerteilung des Eigentums in vollkommen getrennte, kraft selbständigen Sonderrechts besessene Anteile. Im Gegensatz zum römischen und dem ihm folgenden Miteigentum des BGB. und HGB. ist die Gesamthand ein nach aussen ganz einheitlich abgegrenzter, zu einem Vermögen zusammengefasster „Komplex“ von Sachen und Rechten,[53] nach innen dagegen finden sich keinerlei rechtliche Abgrenzungen, solche sind vielmehr der Sitte oder dem Willen der Einzelnen anheimgegeben,[54] nur der Gedanke an geteiltes Eigentum besteht, wirkliche Anteile werden aber noch keineswegs vorgestellt. Ausserdem liegt, wie aus dem geschichtlichen Werden des Prinzips entwickelt, nicht eine blos sachenrechtliche Verbindung, sondern damit zusammen-

48) Jörges a. a. O. S. 144.
49) Jörges a. a. O. S. 145.
50) Jörges a. a. O. S. 154.
51) Dernburg, Karlowa u. a.
52) Vor allem Gierke.
53) Jörges a. a. O. S. 173.
54) Stobbe a. a. O. S. 214.

hängend und darüber hinausgehend eine Zusammengehörigkeit der Personen vor. Eine Mehrheit ist zu einer Einheit verbunden und im Besitze gemeinsamen Guts.

Nur als ihr Glied ist der Einzelne mitberechtigt, sodass der Gesamthänder ein Verfügungsrecht weder über einen Teil, noch über das Ganze hat.[55] Erst bei Lösung des gemeinsamen Bandes entstehen Anteile, und der Austretende hat ein Quotenrecht gemäss seiner Mitberechtigung. Der grosse Unterschied zwischen condominium und der gesamten Hand liegt also vor allem darin, dass jenes nur eine dingliche Beziehung mit unter Umständen obligatorischen Wirkungen, dieses dagegen ein persönliches Verhältnis mit sachenrechtlichen Reflexwirkungen ist. Mehr eine Folge des Prinzips, als ein Merkmal des Begriffs ist auch der Umstand, dass beim Miteigentum Delikte nur Wirkungen für den Anteil haben, bei der gesamten Hand dagegen entweder gar keine oder nur solche für das Ganze.[55]

Diese Grundsätze sind, wie erwähnt, auch ins BGB. herübergenommen worden. Während der erste Entwurf, der römischen societas gemäss nur Gesellschafter kannte, keine Gesellschaft, die Gesamtheit vielmehr Dritten gegenüber nur durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten in die Erscheinung treten konnte, nach innen reines Schuldverhältnis war,[56] ist das positive Recht zu der deutschrechtlichen An-

---

55) Gierke, Genossenschaftsrecht S. 947 bis 949.
56) Gierke, Personengemeinschaften S. 95 ff.

schauung zurückgekehrt, dass der moderne Sozietätsbegriff, das Merkmal einer „Verbundenheit der Subjekte auf eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft", der vermögensrechtlichen Wirksamkeit einer personenrechtlichen Gemeinschaft"[57] enthalte. Hieraus folgt, dass bei dieser Kontinuität des Gesamtguts, die Gesellschaft eine dinglich gebundene Personeneinheit bildet. die den Wechsel der Mitglieder zu überdauern vermag, dass sie sich verengern kann durch Ausscheiden eines socius, ausdehnen durch Aufnahme eines neuen und ihren Bestand erhalten durch Ersatz eines fortfallenden Gemeiners. Ein Analogon für diese Wirkung der Identität des Gesellschaftsvermögens bietet die rechtliche Möglichkeit des Fortbestehens der offenen Handelsgesellschaft unter veränderter Firma.[58]

Kehrt man nach dieser Abschweifung zur Besprechung der Ansicht zurück, der Sozietätsvertrag könne wirksam die Aufnahme neuer Mitglieder bestimmen, durch das Gesagte hinreichend gerechtfertigt, wie es scheint, insbesondere den Nachweis, dass die gesamthänderische Struktur das obligatorische Verhältnis personenrechtlich beeinflusst und dinglich bindet,[59] so lässt sich zur Begründung dieser Meinung auch noch folgendes anführen: Nach § 54 BGB. sind auf den nichtrechtsfähigen Verein die Bestimmungen über die Gesellschaft anzuwenden. Diese Vorschrift würde doch nicht gegeben worden sein, wenn die Sozietät nicht vom Wechsel der Mitglieder unabhängig

57) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 343 und 344.
58) Keyssner, Erhaltung der Handels-Gesellschaft
59) Jörges a. a. O S. 212.

gemacht werden könnte, da geradezu der Wesenskern des Vereins darin besteht, dass er den Einzelnen gegenüber vollkommen selbständig dasteht. Sodann mag wieder, nicht zum Beweis, nur zur Bekräftigung, auf die analoge Regelung der offenen Handelsgesellschaft in diesem Punkte hingewiesen werden, für die nach § 130 HGB. der Eintritt „in eine bestehende Gesellschaft" ausdrücklich gestattet ist. Ferner dürfte auch die jedesmalige Auflösung beim Eintritt eines Gesellschafters dem wirklichen Verhältnis des Lebens, d. h. dem Willen der Kontrahenten, nicht gerecht werden, da die Sozien wohl nie oder nur in ganz seltenen besonderen Fällen die Neugründung einer Gesellschaft bei der Aufnahme eines neuen Mitglieds beabsichtigen. Selbstverständlich ist aber dieser letzte Grund, eine rein tatsächliche Erscheinung, für die Ermittelung der juristischen Bedeutung des Beitritts nicht per se von entscheidendem Einfluss. Ebensowenig darf die blosse Tatsache des Fehlens einer Bestimmung über den Eintritt zu der Ansicht verleiten, dies lasse auf seine Zulässigkeit schliessen, da ihr die andere Deutung gegenübersteht, wäre er erlaubt, so würde eine ausdrückliche Vorschrift darüber bestehen. Endlich lässt sich aus den §§ 709 und 715 BGB. auf die Möglichkeit einer korporationsähnlichen Verfassung der Sozietät schliessen.

§ 5.

Diesen für die Zulässigkeit der Aufnahme in eine weiterbestehende Gesellschaft kraft des ursprünglichen

Vertrages sprechenden Argumentationen stehen fast gleich bedeutsame gegenüber, die das Gegenteil zu beweisen scheinen: Da die Sozietät keine juristische Person ist, kann sie auf keine Weise, auch nicht durch Vertrag, vom Wechsel der Mitglieder unabhängig gemacht werden. Hiergegen lässt sich aber einwenden, dass die Unterschiede zwischen Gesellschaft und Korporation in anderen Merkmalen zu suchen sind.[60] Weiter wird argumentiert: Das Gesetz sagt nichts über die Aufnahme, folglich ist sie bei Bestehenbleiben des alten Verhältnisses nicht möglich, denn die Lücke muss nach „allgemeinen" Grundsätzen"[61] ausgefüllt werden, und als solche kommen hier nur die vom BGB. beibehaltenen römisch-gemeinrechtlichen Prinzipien inbetracht, da die deutschrechtlichen hier nicht so stark wie jene und wie bei der offenen Handelsgesellschaft [62] zur Geltung gebracht sind. Auch dieser Grund ist schon nach dem oben Entwickelten,[63] vollends aber auch nach dem noch unten näher Auszuführenden unhaltbar.[64] Ferner wird behauptet, die Gesellschaft sei ausschliesslich ein Individualrechtsverhältnis, ein vinculum inter certas personas,[65] eine rein obligatorische Beziehung, die durch jede Änderung in der Zusammensetzung untergehe.[66] Diese Argumentation

---

60) S. oben S. 29 ff. auch S. 23.
61) Planck a. a. O. zu § 736 Anm. 2.
62) Ehrenberg a. a. O. S. 233.
63) S. S. 23 und S. 29.
64) S. S. 79 ff.
65) Zitelmann, Begriff und Wesen der sogen. jur. Pers., „qui societatem contrahit certam personam sibi eligit".
66) Endemann a. a. O. I Bd., S. 823,5.

steht und fällt ebenfalls mit der Auffassung, für das moderne Sozietätsrecht gälten nur römisch-gemeinrechtliche Grundsätze. Sodann soll die Auflösung durch Tod oder Kündigung zeigen, wie sehr die Einzelperson für das Ganze von Bedeutung ist. Demgegenüber lässt sich mit gleichem Recht behaupten, dass die durch § 736 gegebene Möglichkeit der vertraglichen Aufrechterhaltung der Sozietät trotz dieser in der Person der Mitglieder eintretenden zerstörenden Tatbestände gerade das Gegenteil beweise. Weiterhin stützen die Gegner der Zulässigkeit der Aufnahme ohne Neugründung ihre Behauptung auf die Tatsache, der Gesellschaftsvertrag erzeuge ein besonders enges Vertrauensverhältnis der Kontrahenten untereinander, da eben die Kontraktschliessenden, und nur diese, sich zur gemeinsamen Förderung gemeinsamer Interessen verbänden, die Individualität der Mitglieder also von der grössten Bedeutung sei. Falls daher eine Aufnahme ohne Vernichtung der Gesellschaft stattfinden könne, würde dies durch eine besondere Vorschrift des Gesetzes ausdrücklich bestimmt worden sein.[67] Hierzu ist vorläufig zu bemerken: Die genannte Tatsache an sich steht zwar unbestreitbar fest, aber der daraus gezogene Schluss ist, wie noch eingehender erörtert werden wird, gewagt, weil das gegenseitige Vertrauen durch vereinbarten Mitgliederwechsel keine Störung erleidet. Endlich wird behauptet,[68] das Gesetz, das eine bloss ideelle Auflösung des obligatorischen

67) Staub, Exkurs zu § 342 S. 1032 Anm. 74. Derselben Meinung: Cosack, BGB. 2. Bd. 1. Aufl. S 389.

68) Kopp a. a. O. S. 10 ff.

Personenverbandes der materiell-dinglichen Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens („Unternehmens") gegenüberstelle und diese nicht zu einer notwendigen Folge jener mache, denke bei dem Ausdruck „Fortbestehen" nur an das Bestehenbleiben der Gesellschaft im materiellen Sinne, nicht an eine Fortdauer der Personengemeinschaft. Wenn also das BGB. in den Rechtssätzen, in denen es unter gewissen Voraussetzungen ein Fortbestehen zulasse, von „Auflösung" spreche, so meine es damit die Sprengung der Verbindung der Sozien, während das Gesamtgut, das Unternehmen als solches, bestehen bleibe; es bediene sich daher eines Wortes, das es eigentlich, soweit es auf die juristische Konstruktion ankomme, nach der die Sozietät zerstört werde, nicht gebrauchen dürfe, das es vielmehr nur aus praktischen Gründen anwende, um dem Laien, den nur die Weiterexistenz des gemeinschaftlichen Vermögens interessiere, verständlicher zu sein. Abgesehen davon, dass diese Argumentation zur Rechtfertigung der damit gestützten Ansicht sogar zu einer inkorrekten Ausdrucksweise des Gesetzes greifen muss, erscheint sie bei folgender Überlegung schlechthin unmöglich: Zugegeben, dass das BGB. die Beendigung der Personenverbindung von der des Unternehmens unterscheidet, so ist hiermit keineswegs bewiesen, dass der Gesetzgeber in den Fällen der Möglichkeit des Bestehenbleibens nur auf das Gesellschaftsvermögen, nicht auf die Gemeinschaft der Sozien Bezug nehme. Eine derartige Vermutung lässt sich aus dem Gesetz durch nichts rechtfertigen, würde daher dahingestellt bleiben müssen, wenn nicht sogar das BGB. selbst

gerade verriete, dass es die der angenommenen entgegengesetzte Absicht habe. Denn es spricht schon in § 727 I u. II indirekt und direkt vom „Fortbestehen", also in dem Zusammenhange, in dem es von der ideellen Auflösung handelt, während es erst in § 730 ff. die Auseinandersetzung zu regeln beginnt. Schon hieraus ergibt sich, dass die durch nichts bewiesene Vermutung, nur die materielle Auflösung sei gemeint, die ausnahmsweise nicht erfolgen solle, wenn das Gesetz vom Bestehenbleiben rede, vom BGB. selbst ausgeschlossen wird. Zum mindesten ist daher anzunehmen, der Gesetzgeber habe beim Gebrauch des Wortes „Fortbestehen" auch an die Personenverbindung gedacht, da er eben bei Vorschriften über diese sich des Ausdrucks bedient. Denn, dass der § 727 nur Regeln über das Gesellschaftsvermögen gäbe, dürfte wohl niemand behaupten wollen. Das Gesetz müsste sich ausserdem selbst widersprechen, wenn es in den Paragraphen, in denen es vom „Fortbestehen" redet, nur an das Unternehmen denken würde, da doch die Sozietät ein gesamthänderisches Gebilde ist und diese deutschrechtliche Gestaltung in erster Linie, wie auf S. 37 gezeigt, eine personenrechtliche Bedeutung hat. In diesen und anderen Beziehungen wird die weitere Betrachtung noch neue Belege für die Unhaltbarkeit der hier bestrittenen Ansicht bringen.

Die Gründe, die gegen die Möglichkeit der Aufnahme neuer Mitglieder unter Fortbestand der alten Gesellschaft sprechen, sind hiernach durch widerlegende Ausführungen aufgehoben, sodass die Annahme der Zulässigkeit des Beitritts ohne Neugründung einer

Sozietät schon nach dieser kurzen Gegenüberstellung und dem vorher Gesagten als nicht unberechtigt erscheint. Das Ergebnis selbständiger Kritik wird diese Auffassung bestätigen.

§ 6.

Vor definitiver Stellungnahme zu der eben besprochenen Kontroverse jedoch dürfte es angebracht sein, einen Blick auf die weiteren Rechtsfolgen zu werfen, die sich ergeben, je nach dem man sich der einen oder anderen Ansicht anschliesst, wenn auch der juristische Effekt selbstverständlich nicht allein bestimmend wirken darf.

Nimmt man an, durch den Gesellschaftsvertrag könne angeordnet werden, ein Wechsel im Personenstande dürfe stattfinden, die Aufnahme neuer Mitglieder sei möglich ohne Zerstörung der Sozietät, so hat der Eintritt eines Gesellschafters folgende Wirkungen: Was zunächst die Innenbeziehungen der Sozien untereinander anlangt, so sind hierfür in erster Linie die Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrages massgebend. Es gelten im allgemeinen die Regeln über die Eingehung der Sozietät: Der neu Beigetretene ist vom Augenblick seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft an zur Förderung des gemeinsamen Zweckes den Genossen verpflichtet, wie diese ihm. Besonders hat er die im Zweifel denen der anderen Gesellschafter gleichen Beiträge zu leisten. In vertret- oder verbrauchbaren Sachen bestehende Einlagen gelten nach § 706 II BGB. im Zweifel als quoad sortem eingebracht, ebenso nicht vertret-

oder verbrauchbare, wenn sie nach einer Schätzung eingebracht sind, die nicht nur mit Rücksicht auf die Gewinnverteilung vorgenommen ist. Derartige zum gemeinschaftlichen Eigentum der Gesellschafter bestimmte Beiträge sind dem Eingetretenen bei der Auseinandersetzung vor der Teilung zurückzuerstatten.[69] Bei Illation eines Grundstücks bedarf es gemäss § 313 BGB. gerichtlicher oder notarieller Beurkundung für das obligatorische Rechtsgeschäft mit den bisherigen Sozien, der Auflassung und der Eintragung auf den Namen aller von nun an die Gesellschaft Bildenden.[70] Der Beitrag braucht nicht höher zu sein, als vereinbart,[71] Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist nicht erforderlich Der neu Aufgenommene hat diejenige Sorgfalt bei Erfüllung seiner Pflichten zu beobachten, die er sonst stets in eigenen Angelegenheiten anwendet.[72] Jedes Geschäft muss er im Zweifel mit Zustimmung aller Gesellschafter abschliessen,[73] es sei denn, dass der Gesellschaftsvertrag Majoritätsbeschlüsse anordnet oder sonstige abweichende Bestimmungen trifft.[74] Am Gewinn und Verlust ist der neue Genosse gleich den übrigen mit einem Kopfteil beteiligt.[75] Am bedeutsamsten sind die unter dem Einfluss des Gesamthandsprinzips stehenden Beziehungen, in die er im Innenverhältnis der Gesellschafter unter-

69) § 733 II BGB.
70) § 873 u. 925 BGB. – GBO. § 48.
71) § 707 BGB.
72) § 708 BGB.
73) § 709 I BGB.
74) § 709 ff. BGB.
75) § 722 BGB.

einander zum Gesamtgut tritt, das aus den Beiträgen, dem durch die Geschäftsführung oder kraft eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts für die Sozietät Erworbenen und den Surrogaten besteht.[76] Allerdings kann die Geltung der gesamthänderischen Grundsätze durch Parteiwillen ausgeschlossen werden, doch wird dies kaum geschehen, da es den Interessen der Sozien mehr entspricht, wenn eine Verfügung des Einzelnen über seinen Anteil ausgeschlossen ist, und der Gläubiger sich nicht jeder Zeit daraus befriedigen kann, als wenn das Gegenteil, wie nach römischem Recht, der Fall ist.[77] Die Frage, wie der neue Sozius hinsichtlich dieses Gesamtguts an den Beziehungen der Mitglieder untereinander teilnimmt, wird verschieden beantwortet, je nachdem dem Gesellschafter ein wirklicher Anteil zugeschrieben wird oder nur ein so genannter, d. h. die blosse Teilhaberschaft an der gesamten Hand oder nur ein Wertanteil oder die ihm erst bei der Auseinandersetzung zufallende Quote. Es kann nicht die Aufgabe dieser Abhandlung sein, die nur die Möglichkeiten der Aufnahme bei Fortbestehen der Gesellschaft, nicht aber die weiteren Rechtsfolgen des Eintritts feststellen soll, in eine umfassende Erörterung dieser Streitfrage der geteilten und ungeteilten Mitberechtigung einzutreten, immerhin dürfte aber eine kurze Betrachtung auf die für das endgiltige Ergebnis wichtige Stellungnahme zu den konträren Ansichten über Bestehenbleiben oder Untergang der Sozietät durch Beitritt auf Grund des Gesellschafts-

76) § 718 BGB.
77) Knoke, Eintritt etc., S. 176.

vertrags nicht ganz ohne Einfluss sein. — Die Vertreter der Auffassung, es bestünden schon vor der materiellen Auflösung für jeden socius Anteile am Gesellschaftsvermögen, nur in der Verfügung darüber sei er beschränkt,[78] es gelte für ihn ein gesetzliches Veräusserungsverbot gemäss § 135 BGB., und die Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens werde durch die personenrechtliche Verbindung nicht berührt, berufen sich darauf, dass, wenn dies nicht der Fall sei, weder den Einzelgesellschaftern noch der Körperschaft ohne juristische Persönlichkeit das gemeinschaftliche Gesamtgut und die einzelnen Gegenstände gehörten, es also an einem Subjekte ihrer Zuständigkeit fehle.[79] Ausserdem setze die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung eine über den jeweiligen Vermögensstücken stehende selbständige ideelle Einheit voraus als Rechtsobjekt, aber das BGB. kenne weder Sachinbegriffe noch universitates juris. Demgegenüber behaupten die Begründer und Anhänger der so scheinbar widerlegten Ansicht,[80] die Theorie der geteilten Mitberechtigung sei deshalb unhaltbar, weil die Anteile nicht bestimmbar seien; weder könnten gleiche angenommen werden, weil bei Auflösung der Gesellschaft sich eine ganz andere Verteilung ergeben würde, noch sei eine Berechnung nach Verhältnis des Gewinns oder Verlustes möglich, weil dann die Einlagen unberücksichtigt

78) Cosack, Handelsrecht 5. Aufl. S. 534; BGB. Bd. 2, S. 365 f. 1. Aufl. — Sohm, Deutsche Genossenschaft.

79) Nagler, a a. O. S. 721. Andere Begründung derselben Ansicht: Jörges, Bd. 51 S. 642.

80) Vor allem Gierke, Crome BGB. Bd 1 S. 169. — Knoke, Eintritt etc. S. 178. — Gösch a. a. O. S. 27 f.

blieben, noch nach der Einlage, da in diesem Fall die Beteiligung am Gewinn und Verlust nicht beachtet werde, am wenigsten aber durch Verbindung von beidem, weil die Anteile dann immerfort wechseln, ja eventuell negativ werden würden.[80] Ausserdem müsse, wenn die Gegner Recht hätten, das Gesellschaftsvermögen bei Eintritt eines neuen socius Stück für Stück auf diesen übertragen werden, da ihm eine Quote zu übertragen sei. Dies bestreite zwar N a g l e r, aber, wenn die Gesamthandsregelung nicht einwirke auf die Zuständigkeit des Vermögens, also Anteile bestünden, so erfolge auch durch den Beitritt eines Gesellschafters, d. h. eine Veränderung der Personenverbindung, nicht eine Verringerung der Anteile ipso iure, sondern erst durch Übertragung. — In der Tat scheint diese Auffassung, die keine berechenbaren Anteile am Gesellschaftsvermögen anerkennt, den Vorzug vor den andern zu verdienen: Die Meinung, die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens seien bei Annahme des Nichtvorhandenseins getrennter Quoten herrenlos, beruht auf der irrigen Ansicht, wenn keine festen Anteile angenommen würden, bestände auch keine Berechtigung der Einzelnen. Nun leugnen aber die Anhänger der ungeteilten Mitberechtigung keineswegs, dass die einzelnen Genossen die wirklichen Subjekte der Rechte sind, die in ihrem Komplex das gemeinsame Vermögen darstellen, aber allein durch das Mittel ihrer personenrechtlichen Verbindung. Nur in ihrer Gesamtheit sind sie Träger aller Rechte und Pflichten, aber sie, nicht ein über ihnen stehender Organismus, eine juristische Person. Sodann ist auch

der Einwand, eine Einheit über den einzelnen Vermögensbestandteilen kenne das BGB. nicht, u. E. nicht als ein ausreichendes Gegenargument zu erachten. Denn, wenn auch das BGB. darüber direkt nichts sagt, den Begriff ignoriert, so vermag es dennoch nicht, ihn aus der Welt zu schaffen: Er macht sich geltend in der Gestalt der körperlichen und unkörperlichen Gesamtsachen, bei denen mehrere Sachindividuen zu einem Sachinbegriff verbunden sind, während sowohl die Einzelsachen Rechtsobjekte bleiben, als auch das Ganze Rechtsobjekt ist. Jene körperlichen Sachganzen können aus festbestimmten Einzelsachen bestehen, wie das Buch und seine Bände, das Schachbrett mit seinen Figuren oder wechselnde Gesamtsachen sein, z. B. die Herde, das Warenlager, die Bibliothek. Das BGB. erkennt nur an einer Gesamtsache ausdrücklich Rechte an: Am Bienenschwarm. Mittelbar gestattet es sie jedoch auch an anderen, wie beispielsweise durch die Vorschriften, die die Bestandteile des Warenlagers als verbrauchbar bezeichnen. Immer aber bleiben die Einzelsachen an sich besonderee Rechtsobjekte, und zwar geht das Recht an der Einzelsache dem Recht an der Gesamtsache vor. Die unkörperlichen Gesamtsachen sind Inbegriffe von unkörperlichen oder körperlichen und unkörperlichen Gegenständen, d. h. Vermögen. Hierbei ist wieder zu unterscheiden, „das“ Vermögen als das Gut einer Person, und das Sondervermögen, das innerhalb eines Gesamtguts wieder bestehende engere, das als Ganzes der Gegenstand eines besonderen Rechts, besonderer Verfügung ist und besondere Schicksale hat. Im römischen Recht

gab es nur Ansätze hierzu: Die dos und das peculium. Im deutschen Recht dagegen war die Bildung von Sondervermögen sehr lebendig, das gemeine bildete die Theorien der universitas facti und juris aus, und auch das heutige Reichs- wie Landesrecht kennt zahlreiche besondere Vermögenskomplexe innerhalb eines Gesamtguts: Als Sondervermögen spielen ausserhalb des BGB. eine grosse Rolle das Handelsvermögen im HGB., das Handelsgesellschafts-, das Schiffs-, ferner das Konkursvermögen, die Fonds (Gemeindekassen etc.) Lehns-, Allodial-, Fideikommissvermögen, die „Bahneinheit“ (ein Eisenbahnkörper mit allen zugehörigen Sachen und Rechten) u. s. w. Dem BGB. sind bekannt die Bestandteile des Ehevermögens, das Kindesvermögen, das freie, der elterlichen Nutzniessung nicht unterworfene, wie das unfreie, das Erbe des Einzelerben, das des Vorerben, das Grund- (Grundstück mit Zubehör) und vor allem das Gesellschaftsvermögen. — Wird man sonach annehmen, dass es keine Quoten am Sozietätsgut gibt, der Einzelne für sich keine Rechte daran hat, vielmehr die Gesamtheit der Sozien oder besser nur in ihrer Gesamtheit die Sozien Subjekte des gemeinsamen Vermögens sind, so muss man auch zugeben, dass die Mitgliedschaft der personenrechtlichen Vereinigung Voraussetzung für die Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen ist.[81] Tritt mithin jemand in eine Gesellschaft ein, so wird er auch des personenrechtlichen Verhältnisses, das kraft des Sozietätsvertrages besteht, teilhaftig, also mit Subjekt des Gesellschaftsguts — ipso-iure, ohne

81) Knoke, Eintritt etc. S. 179.

Tradition im Augenblick des Abschlusses des Aufnahmekontrakts. Das Gleiche ergibt sich als Folge des Gesamthandsprinzips aus § 738 BGB., der bestimmt, dass beim Ausscheiden eines socius sein „Anteil" den Übrigen akkresziert. Analog wird man den Schluss ziehen dürfen, dass umgekehrt beim Beitritt eines Genossen den „Anteilen" der bei seiner Aufnahme bereits vorhandenen Gesellschafter soviel abwachse, dass auch für ihn die ihm gebührende Quote an dem Wert des gemeinsamen Vermögens entstehe.[82] So gehen bewegliche Sachen ohne weitnres auf den neuen Gemeinschafter über, bezüglich der Forderungen wird er mit den bisherigen Mitgliedern Gesamthandgläubiger, auch für solche Aktiva, die vor seinem Eintritt entstanden sind,[83] an Urkunden, die zur Forderung einer Leistung berechtigen, wie Hypotheken-, Grund-, Rentenschuldbriefen erwirbt er nach § 952 BGB. das Miteigentum, und endlich gehen auch die Immobilien auf ihn über analog den Bestimmungen beim Ausscheiden, alles, ohne dass es eines Übertragungsaktes bedürfte.[84] Durch den Erwerb einer Mitberechtigung an unbeweglichen Sachen wird allerdings das Grundbuch unrichtig, aber nach § 894 BGB. können die Gesellschafter von dem neuen und dieser von ihnen Zustimmung zur Be-

---

82) Zustimmend Jörges a. a. O. S. 213 ff., Crome a. a. O. Bd. 1 S. 261 Anm. 17—18 (ausser bei Immobilien); Gierke Vereine etc. S. 28; Hölder a. a O. zu § 54,2 c. Abweichend: Cosack, S. 389; Planck, zu § 736,2; Staub zu § 342 Anm. 74; Hellwig, Rechtskraft S. 207, Civilpr. 1. Bd. S. 281.

83) Knoke, Eintritt etc. S. 181.

84) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 691.

richtigung verlangen.[85] — Die Mitbeteiligung an den Schulden der Gesellschaft im Innenverhältnis der Genossen zu einander regelt sich nach entsprechenden Grundsätzen.[86] Da die Passiva, wie sich aus § 733 BGB. entnehmen lässt, Bestandteile des Gesellschaftsvermögens sind, so haftet der neu Eingetretene als am Gesamtgut Beteiligter für die bei seiner Aufnahme bedungenen Verbindlichkeiten der Sozietät mit dem Gesellschaftsvermögen,[87] für die später begründeten natürlicherweise mit diesem und seinem Privatvermögen wie die übrigen Sozien. Doch kann Abweichendes im Sozietätskontrakt bestimmt werden.

Das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten steht im BGB. unter den Grundsätzen der Gesamthandhaftung,[88]

---

85) Knoke, Eintritt etc. S. 181. — Wenn Francke in der Zeitschrift „Das Recht" 6. Jahrgang Nr. 16—17, die von ihm angeführten aus dem Gesamthandsprinzip resultierenden Vorschriften für nicht auserichend hält, um daraus ein personenrechtliches Verhältnis und einen ipso jure-Übergang von Grundstücken herzuleiten, so liegt dies daran, dass er nur wenige und längst nicht die wichtigsten Vorschriften angiebt, die auf eine volle Durchführung des genannten deutsch-rechtlichen Grundsatzes im BGB. offensichtlich hindeuten, wie z. B. die Anwachsung des Anteils des Ausscheidenden und die gesamthänderische Haftung der Gesellschafter gegenüber Dritten. Ist aber dieser Grundsatz vom BGB. übernommen, so bleibt, mangels ausdrücklicher entgegengesetzter gesetzlicher Bestimmung, nur die Annahme der der Akkreszenz bei Fortfall analogen Akkreszenz beim Eintritt möglich

86) Die Ansicht Schollmeyers (S. 72), es gäbe keine Schulden der Gesellschaft; wenn das BGB. in § 733 von „gemeinschaftlichen Schulden" spreche, so bedeute das nur die gemeinschaftlich gemachten, erscheint durch Oertmanns Gegenausführung (zu § 718,2 d) widerlegt.

87) cf. Gierke, Vereine etc. S. 41; anders Crome, BGB. S. 263.

88) Cosack, BGB. II. Bd. 3. Aufl. S. 395, 3a.

soweit nicht die allgemeinen Vorschriften und die Haftung nach Verhältnis der Verlusttragung bei Inanspruchnahme des Einzelnen zur Anwendung kommen, während noch der § 642 des ersten Entwurfs das Teilungsprinzip für massgebend erklärte. Demnach haben alle Gesellschafter gemeinsam für die ganze Schuld aufzukommen: Der Gläubiger kann nur von ihnen allen zusammen fordern; daher die Bestimmung des § 736 ZPO., nach der der Forderungsberechtigte zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut eines gegen alle Sozien gerichteten vollstreckbaren Titels bedarf. Ausser mit dem Gesellschaftsvermögen haften die Genossen auch persönlich,[89] nach den allgemeinen Regeln, also prinzipiell nach dem Teilungsgrundsatz des § 420 BGB., meist aber tatsächlich wohl nach dem Prinzip der Gesamthaftung des § 431 BGB., da für gewöhnlich die Mitglieder gemeinschaftlich oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten Verpflichtungen begründen werden,[90] und ausserdem bei unteilbaren Leistungen und unerlaubten Handlungen durch das Gesetz solidarische Haftung bestimmt ist.[91] Der Gläubiger kann wählen, ob er seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen oder dem eines zahlungs-

---

89) Siehe oben S. 55.

90) Siehe oben S 13. Über den hierin liegenden Unterschied von der offenen Handelsgesellschaft, insofern bei dieser auch ohne dass die Obligation auf Vertrag beruht und nicht bloss „im Zweifel", sondern in allen Fällen Gesamthaftung bei teilbaren Leistungen eintritt, vergl. Goldmann, HGB. S. 565—566.

91) § 431 und 830I, BGB.

fähigen socius nehmen will.[92] Der neu aufgenommene, der, wie gezeigt, auch an den Passiva des Gesamtguts einen Anteil erhalten hat und selbstverständlich für die nach seinem Eintritt bedungenen Verbindlichkeiten in der für die Innengesellschaft geschilderten Weise wie jeder der Sozien haftet, muss auch im Verhältnis zu den Gläubigern für die an jenem Zeitpunkt bereits bestehenden Schulden mit dem Gesellschaftsvermögen aufkommnn.[93] Aber, während für die offene Handelsgesellschaft durch § 130 HGB. auch eine persönliche Haftung des neubeigetretenen socius vorgeschrieben ist, schweigt das BGB. wiederum. Deshalb wird, da die genannte Sozietät als Abart der bürgerlichen zu betrachten ist, und auch sonst kein Grund vorliegt diese Vorschrift der einen auf die andere analog anzuwenden, für die des BGB. ein gleiches nicht gelten,[94] vielmehr anzunehmen sein, der Eintretende hafte nur dann für die bei seiner Aufnahme schon bedungenen Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem Privatvermögen,

---

92) Es ist hierbei nicht an die „reinen Gesellschaftsschulden" (Cosack, BGB., II. Bd., 3 Aufl. S. 394) gedacht, weil sie selten und daher für diese Betrachtung unwesentlich sind, sondern an solche, die sich zugleich als Schulden der Gesellschaft und als Privatverbindlichkeiten der Gesellschafter darstellen (Cosack, BGB. Bd. II 3. Aufl. S. 395).

93) cf. Windscheid-Kipp a. a. O., S. 738. Hellwig, Verträge etc. S. 397. Nagler, a. a. O. S. 742.

94) cf. Knoke, Eintritt etc. S. 181. Gierke, Vereine S. 41. Windscheid-Kipp, S. 738,7. Cosack, 3. Aufl., II. Bd., S. 414 II 3. Dernburg, Bürgerl. Recht, II. Bd. S. 553. Abweichend: Crome BGB., S. 263 Anm. 27—29, I. Bd. Gegen Plancks Behauptung zu § 736 Anm. 2, zwischen dem Eintretenden und den Gesellschaftern werde stets ein Vertrag zu Gunsten Dritter geschlossen: cf. Jörges a. a. O., S. 217 Anm.; Oertmann a. a. O., zu § 736 Anm. 3; Hellwig, Verträge etc., S. 397 Anm.

wenn er sich durch kummulative Schuldübernahme oder einen Vertrag zu Gunsten der Gläubiger dazu verpflichtet habe. Bei privativer Schuldübernahme würde nach § 414 ff. BGB. die Obligation aufhören eine solche der Gesellschaft zu sein, und der Eingetretene unbilliger Weise allein für die Befriedigung der Forderungsberechtigten einstehen müssen. Trotz der Aufnahme eines neuen socius haften also den Gläubigern der Gesellschaft weiter die bisherigen Teilnehmer im Zweifel und kraft des Gesellschaftsvertrages auch der neue persönlich und das Gesamtgut, unter der Voraussetzung, die Ansicht, durch Eintritt eines Genossen entstehe keine neue Sozietät, sei richtig. Prozessuale Wirkungen sind bei dieser Annahme: Der neu Aufgenommene tritt in die augenblickliche Lage eines für die Gesellschaft anhängigen Rechtsstreits ohne weiteres ein. Der Beklagte kann sich nicht auf § 265 ZPO. berufen, da eine Veräusserung, die dieser Paragraph voraussetzt, nicht stattgefunden hat.[95] In einen Prozess gegen die Gesellschaft tritt der Neuling nur insoweit ein, als der Kläger einen Anspruch gegen das Gesellschaftsvermögen erhebt.[96]

§ 7.

Von diesen in wichtigen Punkten erheblich abweichende Rechtsfolgen ergeben sich bei der Annahme, durch den Eintritt eines neuen Mitgliedes werde die alte Sozietät vernichtet und eine andere gegründet: In

95) Knoke, Eintritt etc., S. 182. Abweichend: Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 282.

96) Planck a. a. O., zu § 737,2.

diesem Falle wird ein neuer Gesellschaftsvertrag geschlossen, auch stillschweigend und formlos, ausser bei Einbringung von Grundstücken; freilich wohl meist „auf der Grundlage des alten", weil es sich ja nur um die Aufnahme eines weiteren Mitglieds handelt. Es entsteht mithin eine ganz andere Gesellschaft als die ohne den Beitretenden es war, und so kann logischerweise von einem anteilweisen Übergang des Vermögens auf den Aufgenommenen ipse jure von einer Akkreszenz und ihr entsprechenden Abwachsung von den Anteilen der bisherigen Sozien keine Rede sein. Auch genügt es nicht, zu sagen,[97] es erfolge jetzt eine quotenmässige Überführung des alten Gesellschaftsvermögens auf den Eintretenden. Denn hierdurch würde er nur eine Mitberechtigung an der durch die Auflösung entstandenen Gemeinschaft nach Bruchteilen[98] der bisherigen Genossen erlangen, aber noch nicht an dem Gesamtgut einer neuen Gesellschaft, die aus ihm und den Gemeinschaftern der alten bestände. Vielmehr ist ausser der anteilweisen Übertragung der einzelnen Gegenstände des Gesamtguts auf den Neuen noch die besondere Einbringung des so erworbenen Anteils durch den Beitretenden in das bisherige Gesellschaftsvermögen erforderlich, damit sich ein neues bildet, an dem er als socius mit den Gesellschaftern der alten Sozietät Teil hat.[99] Die Überführung der Vermögensobjekte in die neue Gesellschaft würde dann in folgender

97) Wie Planck a. a. O., zu § 736,2.

98) Gierke, Vereine etc., S. 25.

99) Ähnlich Staub a. a. O., S. 1032 Anm. 74. Cosack, BGB., II. Bd., 2. Aufl., S. 389.

Weise geschehen müssen. Für die Übertragung beweglicher Sachen genügt der Sozietätskontrakt, der die Surrogate der Tradition[100] (constitutum possessorium, brevi manu traditio, Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe) und die Zession von Forderungen enthalten kann und der Absicht der Gesellschafter gemäss enthalten wird. Was die Abtretung von Aktiva betrifft, so ist die Jörges'sche Ansicht,[101] nach der der socius, der eine Forderung in das Gesellschaftsvermögen inferiert, trotz der Einbringung allein Gläubiger bleibt, die übrigen Genossen nicht Mitgläubiger werden, hinreichend widerlegt durch § 7181 BGB., wo es heisst: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter". Denn es ist klar, dass Beiträge auch Forderungen sein, mithin auch Bestandteile des gemeinsamen Vermögens werden können. Auch lässt sich in der Einbringung von Aktiva nicht eine nach § 399 deshalb ungültige Abtretung erblicken, weil durch sie „die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts" möglich wäre. Denn durch die Übertragung auf die neue Sozietät erfolgt keine derartige Modifikation, da der Gläubigerwechsel schon an sich für den Inhalt einer Leistung im Sinne des angezogenen Paragraphen ohne Belang ist, und auch die Zession an die Mehrheit der Mitglieder der neuen Gesellschaft

100) § 929—931 BGB.

101) Lehre vom Miteig. i. Zeitschr. für das ges. HR. S. 180 Anm.

hier keine variierende Rolle spielt, weil die einzelnen Teilnehmer nur zusammen über die Forderung verfügen können. Eines besonderen Übertragungsaktes dagegen werden diejenigen Einbringungsobjekte bedürfen, deren Erwerb von der Beobachtung gewisser Formen, vor allem der Eintragung,[102] abhängig ist. Hier muss eben diese besondere Vorschrift des Gesetzes gewahrt werden: So ist zur Übertragung von Grundstücken auf die neue Gesellschaft Auflassung und Eintragung unentbehrliches Erfordernis.[103] Solange dies nicht erfüllt ist, bleiben die Immobilien in der nach Auflösung der alten Sozietät entstehenden Gemeinschaft nach Bruchteilen der bisherigen Mitglieder. Die im Grundbuch etwa noch für die alte Gesellschaft eingetragenen Rechte gelten nur noch formell als solche der früheren Sozietät, da diese in Wirklichkeit ja nicht mehr besteht. Erfolgt aber die Einbringung in die neue Gemeinschaft in der vorgeschriebenen gesetzlichen Form, so ist nunmehr ein gemeinsames Vermögen der neuen Gesellschaft mit dem neu Aufgenommenen als Mitbeteiligten entstanden. Es bedarf kaum besonderer Hervorhebung, dass diese Folgen des Eintritts eines weiteren Gesellschafters ausserordentlich unpraktisch sind und den Beitritt „Neuer" sehr umständlich machen. Denn durch die Übertragung des Anteils können die grössten Misshelligkeiten entstehen: Wird beispielsweise, ein Fall, der sehr leicht möglich wäre, die Übertragung der Quote unterlassen, so müsste genau unterschieden werden, was vor dem Eintritt zum Gesellschafts-

102) GrBO. § 48.
103) Staub, Exkurs zu § 342, Anm. 74, S. 1032.

vermögen gehörte, was nicht. Scheidet nun ein Gesellschafter aus und wächst dessen Quote den Übrigbleibenden an, so nimmt der neu Aufgenommene an der Akkreszenz nicht Teil, da das doch nur die wirklich Mitberechtigten können. Ein unlösliches Problem würde sich in diesem Fall ergeben: Was geschieht mit dem Gesamtgut, falls der letzte der alten Gesellschafter ausscheidet? — Ob auch die Passivbestandteile auf die so geschaffene Sozietät übergehen, diese Frage wird von den Vertretern der wissenschaftlichen Gruppe, die dem Eintritt zerstörende Wirkung beilegt, bald bejaht, bald verneint. Cosack glaubt[104] aus § 419 BGB. eine Haftung der neuen Gesellschaft für die Schulden der alten herleiten zu können. Ihm dürfte mit Recht Staub[105] entgegenhalten, dieser Paragraph sei hier nicht anwendbar, da es sich nicht um die Übernahme eines ganzen geschlossenen Vermögens der Sozietät handele, sondern, — sub specie der ganzen Anschauung natürlich, es bestehe kein eigentliches Gesellschaftsvermögen, — um die Einzelvermögen der Sozien. Dies würde in der Tat die logische Konsequenz der Anschauung sein,[106] auch die heutige bürgerliche Gesellschaft sei derart auf die Individualität der Mitglieder gestellt, dass weder ein Eintritt ohne Auflösung noch ein gemeinsames Gesamtgut möglich sei: wenn das Gesetz von „Gesellschaftsvermögen" rede (§§ 718 u. 719), so meine es damit kein wirkliches Sondergut, vielmehr nur eine gesonderte

104) BGB, 1. Aufl., II. Bd., S. 389.
105) S. 1032, Anm. 74.
106) cf. Planck, zu § 736 Anm. 2.

Behandlung gegenüber dem sonstigen Vermögen der Genossen. Die Folge dieser Auffassung ist, es giebt keine Sozietätsschulden, sondern nur Schulden der Sozien, also persönliche. Die Mitglieder haften demnach zunächst mit ihrem Privatvermögen nach Auflösung der Gesellschaft für die zur Zeit ihres Bestehens bedungenen Verbindlichkeiten weiter und würden dies auch mit dem sogenannten[107] Gesellschaftsvermögen tun, wenn es nicht auf die neue Sozietät übertragen worden wäre. Denn, da infolge des § 736 ZPO. zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer nach bürgerlichem Recht gegründeten Gesellschaft ein gegen alle Genossen gerichteter Titel erforderlich ist, sind die Gläubiger der alten Sozietät am Zugriff auf das Gesamtgut der neuen verhindert, weil sie gegen den Eingetretenen keinen Vollstreckungstitel haben. Da ferner eine Schuldübernahme kaum wirksam erfolgen kann, wegen der nach § 415 BGB. zu ihr erforderlichen, aber wohl bei grösseren Gesellschaften schwerlich zu erlangenden Zustimmung aller Gläubiger der alten Sozietät, auch ein Vertrag zu Gunsten Dritter zwischen dem Beitretenden und den bisherigen Teilnehmern nicht ohne weiteres anzunehmen ist,[108] so bleibt den Forderungsberechtigten der alten Gesellschaft, wenn sie sich an das Sozietätsvermögen halten wollen, in vielen Fällen nur die Wahl zwischen Pfändung der Anteile der früheren Gesellschafter nebst darauffolgender Kündigung der Sozietät gemäss § 725 BGB. oder

---

107) Im Sinne der augenblicklich zu besprechenden Lehre.
108) cf. Anm. 94 dieser Abhandlung.

Anfechtung des Aufnahmekontrakts nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes.[109]

Vergleicht man so die rechtlichen Folgen des Eintritts eines neuen Mitgliedes bei Bestehenbleiben der Gesellschaft kraft Bestimmung des ursprünglichen die Sozietät begründenden Vertrages mit denen bei Auflösung der bisherigen Gesellschaft, so sind offenbar die hier resultierenden weit ungünstiger, als die dort sich ergebenden: Während infolge einer Neugründung der Sozietät eine überaus umständliche, schwerfällige, langwierige und daher missliche und unzweckmässige Übertragung des Vermögens der alten Gesellschaft auf die neue Stück für Stück in der vorgeschriebenen Form erfolgen muss, und die Gläubiger der alten Sozietät sich plötzlich ausser Stande sehen, Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu erlangen, eine, um mit Dernburg zu reden, geradezu „schreiende" Behandlungsweise,[110] die nur durch die erwähnten gewaltsamen dem zu erreichenden Erfolg keineswegs adäquaten Mittel umgangen werden kann, regelt sich beim Fortbestehen der Sozietät alles sehr einfach und gerecht: Für den neu Aufgenommenen wächst ipso jure eine Aktiv- und Passivquote am Gesellschaftsvermögen den bisherigen Sozien ab, so dass er in gleicher Weise wie diese auf ganz ungekünstelte Art berechtigt und verpflichtet wird. Nur mit seinem Privatvermögen haftet er billigerweise nicht, den Gläubigern aber bleibt der Gegenstand, aus dem sie sich befriedigen können, ungeschmälert erhalten.

109) Ebenso Planck, zu § 736 Anm. 2.
110) Bürgerliches Recht, S. 553.

§ 8.

Aus diesen Ausführungen über die beiden sich diametral gegenüberstehenden Ansichten des Bestehenbleibens bezw. der Auflösung der Gesellschaft beim Eintritt eines neuen Genossen folgt, dass bei der grossen Verschiedenheit de Rechtsfolgen der einen Auffassung gegenüber denen der andern eine klare Entscheidung der Frage überaus erwünscht ist. Im Folgenden soll eine endgültige Lösung versucht werden: Wiederholt wurde schon hervorgehoben, die Sozietät, und insbesondere die des BGB., sei ein Vertrauensverhältnis. Hieraus ziehen nun manche den Schluss: Folglich darf ein Wechsel der Mitglieder nicht stattfinden.[111] Diese Folgerung ist als verfehlt anzusehen. Es widerspricht durchaus nicht den engen persönlichen Beziehungen, die unter den Gesellschaftern herrschen, wenn sie selbst sämtlich ihre Zustimmung zur Aufnahme eines Mitgliedes geben. Dadurch wird die Intimität, die das Eigentümliche dieses Verhältnisses ausmacht, nicht im mindesten durchbrochen. Denn dies ist ja der Beschluss der Mitkontrahenten, der Ausdruck des ureigenen übereinstimmenden Willens aller Teilnehmer, ihren Kreis zu erweitern um neue Genossen. Daher folgt vielmehr gerade aus der Bedeutung, die die Individualität der Mitglieder für die Gesellschaft hat, dass, wenn die Sozien ausdrücklich schon dann das Vertrauen als für ihre Beziehungen gewahrt anerkannt haben, falls durch einen näher bestimmten Akt ein weiterer Gesellschafter aufgenommen

111) Unter Andern auch neuerdings Weiland, a. a. O., S. 95 ff.

wird, — dass dann auch der Wechsel im Personenstande sich mit rechtlicher Wirksamkeit vollziehen muss.[112] Dem eng persönlichen Charakter der Sozietät also den rechtlichen Effekt der Unzulässigkeit einer den Wechsel der Beteiligten erlaubenden Vereinbarung aller Mitkontrahenten beizulegen, würde weit über das Ziel hinaus gehen; dies erhellt schon aus der obligatorischen Basis des Gesellschaftsverhältnisses. Hierzu kommt, dass das personenrechtliche Gesamthandsprinzip im heutigen Recht den Sieg über die römische communio davongetragen hat. Wie könnte sonst das BGB. vom „Gesellschaftsvermögen“[113] sprechen, den einzelnen Genossen das Verfügungsrecht über ihre sogenannten „Anteile“ versagen und an die Stelle des Teilungsprinzips bei der Schuldenhaftung für die Gesellschaftsschulden den Grundsatz der Gesamthandhaftung setzen, an dessen Stelle die allgemeine Haftung einer Mehrheit von Schuldnern und die spezielle nach Verhältnis des Verlusts nur bei Inanspruchnahme des einzelnen Gesellschafters treten, — Bestimmungen, die die Hauptmerkmale der Mitberechtigung im römisch-gemeinrechtlichen Sinne geradezu ausschliessen. Die Protokolle[114] bestätigen diese Auffassung. Zwar behauptet Weiland[115], der Gesamthandsgedanke sei nur eine „Allgemeinvorstellung“ im Sinne der Logik, kein Begriff, daher nicht scharf begrenzt, und ihr Umfang nicht klar nachweisbar, der deshalb davon abhänge, wie weit

112) Knoke, Eintritt etc., S 173.
113) § 718 ff. BGB.
114) S. 433.
115) S. 3 und 4.

er vom objektiven Recht anerkannt und so auch im BGB. zweifelhaft wäre. Man könne daher aus einem so unbestimmten Gedanken keine Untersätze ableiten. Die Gierke'sche Formulierung als „personenrechtliches Band“ [116] bedeute nur eine geschickte Wiedergabe des Satzes von der zur Verfügung über das Gesellschaftsvermögen erforderlichen Willensübereinstimmung aller Gemeinder, also nicht die Aufstellung eines Grundsatzes, sondern nur die Folge einer andern Voraussetzung. — Das Umgekehrte dieser Darstellung ist u. E. das Richtige. Denn die Entwicklung des historischen Werdegangs [117] des fraglichen Prinzips lehrt, dass es eine Zusammenfassung von ganz bestimmten gemeinsamen Merkmalen gewisser deutscher Rechtsinstitute ist, die bald mehr bald weniger ausgeprägt diese gleichartigen Besonderheiten zeigen. Weshalb daher an der logischen Berechtigung die in Rede stehende Art der Gemeinschaftsregelung einen Begriff nennen zu dürfen gezweifelt wird, ist unerfindlich. Die personenrechtliche Aneinanderkettung der Gemeinschafter darf ferner unter keinen Umständen mit der zur Disposition über das Gesellschaftsvermögen erforderlichen Willensübereinstimmung sämtlicher Sozien ohne weiteres identifiziert werden. Denn erstlich zeigt sich der enge Zusammenschluss der Einzelsubjekte ausser in der Vorschrift allseitigen Konsenses bei der Verfügung über das Gesamtgut doch auch noch in anderen gesetzlichen Bestimmungen, z. B. in der Möglichkeit der Aufrechterhaltung der

116) Genossenschaftstheorie, S 339 f.
117) Oben S. 37 ff.

Sozietät trotz Wegfalls von Mitgliedern, in der gesamthänderischen Haftung der Gemeinder für die Gesellschaftsschulden, in der Bildung einer nach aussen hervortretenden Einheit, die sogar geschlossen genug ist, um für den Verein ohne juristische Persönlichkeit ein passendes Rechtsgewand abzugeben u. s. f. Wer die Sozietät vertritt, vertritt nicht teilweise sich und teilweise andere, sondern die Einheit der Genossen.[118] Sodann ist der Konsens zur Verfügung über das Gemeingut nur ein sich auf das Innenverhältnis beziehendes Erfordernis und bedeutet „die Entfaltung einer bereits vorhandenen Willensverbundenheit".[119] Diese ist also der Grundsatz, das allseitige Einverständnis zu vermögensrechtlichen Dispositionen der Sozien dagegen nur eine der vielen Konsequenzen. — Stellt sich demgemäss die gesamte Hand als ein Prinzip und rechtlicher Begriff dar, der in seinen Grundlagen feststeht und dessen Merkmale geschichtlich nachweisbar sind, wie vor allem die personenrechtliche Einheit der Gemeinder, so ist der Vorwurf, dass man aus ihm keine Folgerungen für das positive Recht ableiten könne, da die fragliche Rechtsidee nur eine unsichere Allgemeinvorstellung sei, u. E. nicht berechtigt. Die Folgesätze, die sich aus dem Grundsatz ergeben, sind allerdings im objektiven Recht, auch im BGB., hie und da abgeändert, aber das Grundmerkmal der personenrechtlichen Bindung selbst darf doch nicht als hierdurch beseitigt oder modifiziert angesehen werden. Zeigt daher der Gesetzgeber offensichtlich durch Aufnahme der wichtigsten gesamt-

118) Gierke, Deutsches Privatrecht 1895 S. 687.
119) Gierke, Deutsches Privatrecht 1895 S. 687.

händerischen Regeln, dass er dieses Prinzip übernommen, so wird man, auch wenn er in einigen minder bedeutsamen Konsequenzen abweicht, aus dieser Maxime doch insoweit zu folgern und in ihrem Sinne Lücken des Gesetzes auszufüllen befugt sein, als nicht ausdrücklich das Gegenteil vorgeschrieben ist. Und hat sich, wie geschen, die deutsche Rechtsidee zur Herrschaft im geltenden bürgerlichen Recht durchgerungen, so ist auch eine rechtswirksame Aufnahme in die Gesellschaft möglich. Denn die Gesamthand vermag den Wechsel der Genossen, wie oben dargetan, zu überdauern, und eine dem widersprechende Regelung enthält das BGB. nicht. Dadurch wird die Sozietät nicht zur juristischen Person, denn diese äussert einen von dem der Einzelnen verschiedenen Willen, insofern durch Majoritätsbeschlüsse oder sonstige Handlungen von Organen der „Überperson" die vielleicht opponierende Neigung eines Mitgliedes der Korporation unwirksam wird, also unberücksichtigt bleibt — eben majorisiert wird. Bei der Gesellschaft dagegen ist zu jeder Einwirkung der Personengemeinschaft in die Aussenwelt, überhaupt zu jeder die Sozietät als solche betreffenden Tätigkeit, die rechtlich wirksam sein soll, der Konsens aller Sozien erforderlich: Nichts kann grundsätzlich gegen den Willen eines Gesellschafters geschehen. Und ist so durch allseitige Übereinkunft die Zulässigkeit des Wechsels im Personenstande beschlossen, weshalb sollte man dann einer kraft solcher allgemeinen Zustimmung erfolgenden Aufnahme den Rechtserfolg versagen? Hiergegen dürfte schwerlich ein überzeugender Gegengrund geltend gemacht werden können! Der Wille der Gesellschafter

ist kraft der allgemein heute geltenden Vertragsfreiheit und der im besonderen dispositiven Natur der Sozietätsnormen das Massgebende. Gerade weil die Gesellschaft auf vertraglicher Grundlage ruht, ein obligatorisches Rechtsgebilde ist, kommt es auf ihn allein an. Richtet er sich auf Zulassung der Aufnahme, so ist sie eben wirksam. Eine entgegengesetzte Auffassung würde auch dem Rechtsgefühl widersprechen, denn an eine Auflösung der Gesellschaft und gleichzeitige Gründung einer neuen denkt wohl keiner der Socien beim Eintritt eines weiteren Genossen. Ihre Absicht geht auf nichts anderes, als ihren Kreis zu erweitern, „durch den Vertrag mit dem Eintretenden wollen die Gesellschafter das bisherige Band nicht lösen und neu schürzen, sondern um einen neuen Genossen schlingen."[120] Dieser gesamthänderischen und mit ihr aufs engste zusammenhängenden dispositiven Struktur der Sozietät des BGB. gegenüber, kann die schon oben[121] mit anderen Gründen widerlegte Ansicht, der Ausdruck „Fortbestehen" beziehe sich nur auf das Gesamtgut, u. E. nicht aufrecht erhalten werden.

Das Charakteristische der vom positiven Recht rezipierten deutschrechtlichen Idee liegt, wie bei der Darstellung ihrer historischen Entwicklung[122] dargetan, vor allem darin, dass sie primär die personenrechtliche Bindung der Gemeinschafter betont, als deren sekundäre Reflexwirkung erst das Gesellschaftsvermögen erscheint.

---

120) Gierke, Vereine etc. S. 26.

121) S. S. 49 ff.

122) S. S. 37 ff. und 40—41.

Daher ist, da das BGB. trotz Annahme dieses Prinzips nicht ausdrücklich eine bloss sachenrechtliche Gebundenheit als gewollt bezeichnet, nur die Deutung möglich, dass es ihm mindestens ebenso sehr auf einen festen Zusammenschluss der Personengemeinschaft ankommt. Die Gesellschaft soll kein Organismus, ein von den Einzelnen verschiedenes Wesen, mit besonderem Wollen, wie die juristische Person, sein, wohl aber eine Personengesamtheit, deren Glieder so fest aneinandergekettet sind, dass sie Träger der die Verbindung angehenden Rechte und Pflichten nur in ihrer Gemeinsamkeit sein können, ihr Wille in Hinsicht auf die genossenschaftlichen Verhältnisse Rechtswirkung nur bei gemeinschaftlicher Aktion haben kann. Die gesamte Hand ist also der vereinigte Wille sämtlicher einzelner Gemeinder. Eine Einheit besteht demgemäss auch hier, aber sie hat keine Rechtspersönlichkeit, sondern die Teilnehmer sind die Subjekte, wenn schon nur in ihrer Verbundenheit. Die Geschicke der Gemeinschaft werden vom Konsens aller Mitglieder bestimmt. Ist er auf Auflösung gerichtet, so wird sie gesprengt, wenn auf Fortbestehen, so bleibt sie bestehen. Eintritt wie Austritt sind daher in einer so gestalteten Vereinigung ohne ihre Auflösung und nachfolgende Neubildung möglich, falls alle Mitglieder einverstanden sind. Das BGB. ordnet nichts dem widersprechendes an. Auch der Einwand die so fortgesetzte Gesellschaft gelte nur als dieselbe wie die ursprüngliche, sei es doch aber nicht, kann das Resultat vorstehender Erwägungen nicht ändern. Denn tatsächlich, und nur rein äusserlich betrachtet, vollzieht sich freilich durch Wechsel der Teil-

nehmer eine Umbildung, aber bloss in demselben Sinne, wie sich auch die juristische Person durch Neuerungen in der Zusammensetzung der sie bildenden Bestandteile tatsächlich verändert, weil die Atome, aus denen sie besteht, einen Wandel erfahren haben; rechtlich, d. h. im Sinne des Gesetzes, in der juristischen Gestaltung, und ausserdem ihrem inneren Wesen nach, gilt nicht nur, sondern ist die fortgesetzte Sozietät dieselbe, die sie vor der Veränderung war: Das BGB. will die begrifflich-natürlich modifizierte Gemeinschaft juristisch als unverändert aufgefasst wissen. Sonst würde es entweder der Gesellschaft keine gesamthänderische Struktur oder die aus dieser deduzierte Folge durch ausdrückliche Vorschrift beseitigt haben. Da dies nicht geschehen ist, bleibt für die Sozietät die deutschrechtliche Vorstellung bestehen, dass die aus den Händen der Einzelnen zusammengeflochtene eine Hand, wenn die Teilhände selbst sämtlich, von übereinstimmendem Willen geleitet, die Verflechtung bald so bald so gestalten, jetzt eine fremde Hand einschieben, dann eine langverbundene lösen, dass dann darum doch die durch die vielen Hände gebildete gemeinsame ihrem Wesen nach unverändert bestehen bleibt, weil eben alle Beteiligten zusammen die Verschiebung so wollen. Der weiteren Begründung [123] der gegnerischen Annahme, die Ausdrücke „Fortbestehen", „Ausscheiden" u. s. w. bedeuteten keine besondere Terminologie des Gesetzes, sondern seien solche des praktischen Lebens, weil das BGB. nur das praktisch wichtige Endresultat des Fort-

123) Kopp a. a. O. S. 13 ff.

bestehens des Unternehmens, nicht die juristische Konstruktion habe angeben wollen, ist entgegenzuhalten: Zunächst wird in die Ausdrucksweise des Gesetzgebers willkürlich der enge Sinn des Bestehenbleibens nur des Gesellschaftsvermögens hinein interpretiert, obschon das Gesetz nicht nur zu einem derartigen Verfahren auch nicht den leisesten Anhalt bietet, sondern gerade seine entgegengesetzte Absicht deutlich zu erkennen gibt. Ferner kann das BGB., wenn anders es bei der gesamthänderischen Gestaltung der Sozietät nicht unlogisch und inkonsequent sein will, den auf die Fortdauer der Genossenschaft bezüglichen Ausdruck nur im Hinblick auf das Ganze, nicht auf das Gesamtgut allein gebrauchen. Denn einmal spricht es, wie oben [124] gesehen, vom Fortbestehen in dem Zusammenhange, indem es Vorschriften über die grundsätzlich durch Wegfall eines Mitgliedes erfolgende Auflösung des Personenverbandes gibt, sodann kann es, selbst wenn sein Bestreben, sich volkstümlicher Sprechweise zu befleissigen, auch in diesem Falle zugegeben wird, doch nicht die Folge der aufgenommenen Gesamthandsidee haben aufheben wollen. Vielmehr ist anzunehmen, dass es seine Worte, so lange es nicht ausdrücklich das Gegenteil betont, im Sinne dieses seines Grundgedankens gebraucht, da es doch sonst keine Handhabe für eine entgegengesetzte Absicht bietet. Die Bedeutung des bezeichneten Prinzips ist nun aber personenrechtliche Bindung, also Bestehenbleiben des Mitgliederverbandes bei Aufnahme eines neuen Teilnehmers, sodass es keinen Augenblick zweifelhaft sein

124) S. oben S. 47.

kann, dass das BGB., wenn es sich des Ausdrucks „Fortbestehen“ bedient, ebensowohl an die Gemeinschaft der Sozien wie an das Unternehmen denkt. Aber sogar dann, wenn nach dem Wortlaut des Gesetzes der fragliche Begriff wirklich nur als sich auf das Gesellschaftsvermögen beziehend aufgefasst werden könnte, selbst dann würde daraus noch nicht unbedingt der Schluss gezogen werden dürfen, der Personenverband werde durch Eintritt neuer Genossen aufgelöst, da dies der gesamthänderischen Regelung stracks widersprechen und im Hinblick auf sie das Gegenteil als vom Gesetz selbstverständlich vorausgesetzt anzunehmen sein müsste. — Alle diese Gründe, im Verein mit der durch die obige Untersuchung erlangten Erkenntnis, dass die Rechtsfolgen bei Annahme der Möglichkeit der Aufnahme sehr natürlich, einfach, billig, der Absicht der Sozien in jeder Hinsicht entsprechend, bei der entgegengesetzten Auffassung dagegen gekünstelt, ungerecht, unpraktisch und im höchsten Grade unbefriedigend ausfallen, werden mit Notwendigkeit zu der Überzeugung führen, dass eine vertragliche Zulassung des Eintritts bisher fremder Personen nach dem ganzen Wesen der Gesellschaft des BGB. erlaubt ist. Es soll hierdurch keineswegs bestritten werden, dass, wie ja auch oben bereits festgestellt, gewichtige Gründe für die gegenteilige Ansicht sprechen, insbesondere die der Sozietät charakteristische Bedeutung der Individualität der Mitglieder als bestechendes Gegenargument erscheint, aber bei eingehendster Erwägung der rechtlichen Natur der Gesellschaft und aller sonstiger in Betracht kommenden Umstände dürfte man doch zu der als

bewiesen bezeichneten Meinung gelangen. Cosack[125] und Knoke[126], die früher die bekämpfte Auffassung teilten, haben sich neuerlich zu der hier als richtig vertretenen bekannt.

Zweifel können höschstens noch darüber bestehen, wie denn die Sozietät, wenn sie vom Mitgliederwechsel unabhängig gemacht werden kann, sich vom nicht-rechtsfähigen Verein unterscheidet, der zwar nach § 54 BGB. den Normen über die Gesellschaft untersteht, aber doch eben dadurch, dass er ausdrücklich genannt und diesen Vorschriften unterworfen, scheinbar gesetzlich als eine Besonderheit anerkannt wird, die von der Sozietät wohl zu unterscheiden, nicht mit ihr zu verwechseln ist? Auch diese Frage ist streitig. Während auf der einen Seite behauptet wird, der Verein sei nichts anderes, als eine modifizierte Gesellschaft,[127] sind Gierke,[128] Knoke,[129] Hachenburg,[130] Meurer[131] und andere der Meinung, er bilde eine Körperschaft, der aber die Rechtsordnung keine Rechtsfähigkeit verliehen habe. Für diese letzte Anschauung spreche schon der Umstand, dass das BGB. den Verein mit gleichem Namen wie die besonders geregelten

---

125) Cf Bürgerliches Recht II. Bd., 2. Aufl. S. 389 II, 1 mit 3. Aufl S. 414

126) Cf. Gesellschaftsrecht S. 21 mit Eintritt etc. S. 170 ff.

127) Crome, Bürgerliches Recht, Bd. I S. 260; Cosack, Bürgerl. Recht, II Bd. 3. Aufl S. 415; Staub, Exkurs zu § 342 Anm 84; Planck zu § 454 BGB.; Enneccerus a. a. O. S. 653; Matthiass S. 129 („Vereinsgesellschaften").

128) Vereine etc. S. 12.

129) Recht der Gesellschaft S. 19 ff.; Eintritt etc. S. 174.

130) Das BGB. f. d. deutsche Reich, 2. Aufl., S. 480 ff

131) S. 58, 59, 62.

Korporationen nenne und von ihm unter dem Titel „juristische Personen“ handele.[132] Der nichtrechtsfähige Verein sei ein „sozialrechtliches Gebilde“ im Gegensatz zur Gesellschaft, die nur ein personenrechtliches Band um die einzelnen Individuen schlinge. Bei dieser sei der Wille der Einzelnen darauf gerichtet, dass ihnen selbst das gemeinsame Vermögen gehöre, bei jenem dagegen, dass es der Korporation als solcher zustehe. Das Fortbestehen des nicht rechtsfähigen Vereins trotz Veränderung im Mitgliederbestande sei selbstverständlich, während das der Sozietät eines besonderen Vertrages bedürfe.[133] Das unterscheidende Merkmal zwischen beiden Formen von Personenmehrheiten liege vor allem im Willen der Vereinsglieder, der Verband solle als selbständige Existenz den Einzelnen gegenübertreten.[134] Eine modifizierte Sozietät, d. h. eine deutschrechtlich umgewandelte, bedeute nur einen Notbehelf, um einer Körperschaft ohne Rechtspersönlichkeit, die unter der Geltung des reinen römischen Gesellschaftsrechts überhaupt jeder rechtlichen Wirkung bar gewesen sei, juristische Wirksamkeit zn verschaffen. Hierdurch entstehe ein Widerspruch zwischen der Begriffsform und dem in sie künstlich hineingelegten tatsächlichen Inhalt. Eine Milderung sei durch Aufnahme der gesamthänderischen Grundsätze in das bürgerliche Sozietätsrecht eingetreten, immer bleibe jedoch der Übelstand bestehen, dass nun eine Verbandspersönlichkeit, deren Existenz prinzipiell geleugnet werde, rechtliche Wirkungen

132) Gierke, Vereine etc. S. 12.
133) Gösch a. a. O. S. 3 ff und 21.
134) Hachenburg a. a. O. S. 205 ff.

wahrnehmen lasse.[135] Allen diesen Argumentationen wird man nicht beipflichten können. Wenn das BGB. sich der Bezeichnung „Verein" bedient, so folgt es dabei nur der Ausdrucksweise des täglichen Lebens, das diesem Begriff die Bedeutung einer Personenmehrheit beilegt, die vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig ist, also gegen den Gesellschaftsbegriff nicht verstösst oder einer solchen, bei der über den Einzelnen eine Persönlichkeit besteht, die doch das Recht nun aber nicht anerkennt, also juristisch nicht vorhanden ist. Man kann daher aus der Anwendung dieses Wortes keinen Schluss auf die juristische Konstruktion der damit benannten Einrichtung ziehen. Sodann dürfte gerade daraus, dass ausdrücklich in der Lehre von den juristischen Personen durch das Gesetz betont wird, auf nichtrechtsfähige Vereine fänden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung, folgen, die Möglichkeit die zuletzt genannten Personenverbindungen rechtlich als Korporationen anzusehen oder ihnen gleich zu stellen, solle durch eine besondere Bestimmung ein für allemal abgeschnitten werden. Die Subsumtion des nichtrechtsfähigen Vereins ferner unter die Kategorie „sozialrechtliches Gebilde" würde die damit beabsichtigte Folge der Gewährung einer sozialrechtlichen Persönlichkeit nur dann haben, wenn nicht das BGB. in unzweideutiger Weise seinen massgebenden Willen dahin erklärt hätte, der Verein ohne Rechtsfähigkeit solle keine Persönlichkeit besitzen und den Regeln über die Gesellschaft unterliegen. Hiermit ist m. E. jede Möglichkeit genommen für ihn auf irgend eine Weise eine Ver-

135) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 630 ff.

bandspersönlichkeit zu konstruieren. Mag man auch mit Gierke[136] die Ordnung privatrechtlicher Personenverbindungen zusammen mit der staats- und überhaupt öffentlicher Korporationen als eine besondere soziale Rechsmaterie anerkennen, so lässt sich doch unmöglich an der feststehenden Tatsache rütteln, dass eben der privatrechtliche Teil des Sozialrechts in § 54 BGB. klar und deutlich bestimmt hat, dass diejenigen privatrechtlichen Personenmehrheiten, die unter den landläufigen Begriff der Vereine fallen, ohne den vom Recht für die Erlangung der Subjektivität erforderlichen Voraussetzungen zu genügen, keine Rechtsfähigkeit haben sollen. Weder der auf Schaffung einer Verbandsperson gerichtete Wille noch die Tat[137] der die Vereinigung nach Art einer Korporation konstituierenden und organisierenden Mitglieder kann an dieser unerbittlichen zwingenden Vorschrift des Gesetzes etwas ändern. Subjekte können für das Recht nur entweder Einzelpersonen oder Personengesamtheiten sein, die es als Subjekte anerkennt, eine dritte Möglichkeit, nach der das Recht eine Mehrheit, weil sie als Organismus auftreten will, als Persönlichkeit auffassen soll, obwohl es sie doch in Wirklichkeit als solche nicht anerkennt, ist weder rechtlich noch logisch denkbar.

Eine nach Absicht der Gründer als Korporation geschaffene Vereinigung, die aber die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, ist als Rechtssubjekt für das Recht nicht vorhanden, selbst wenn die einzelnen Mitglieder dies

136) Wesen etc. S. 27 ff.
137) Cf. Gierke, Vereine etc. S. 11 Anm. 20.

auch noch so sehr wünschen und darauf hinarbeiten sollten. Eine über den Teilnehmern stehende Persönlichkeit ist also in allen derartigen Fällen nicht vorhanden, somit müssen diese Glieder selbst die Subjekte des gemeinsamen Vermögens sein, wenn es nicht zu der utopischen Existenz eines subjektslosen Gutes herabsinken soll, mit anderen Worten: Eine Gesellschaft liegt vor. Von hier aus ist der Einwand, ein Verein könne gar keine Sozietät sein, da für ihn der Fortbestand bei Veränderung in der Zusammensetzung der Mitglieder selbstverständlich, bei der Gesellschaft dagegen nur kraft Vertrages möglich sei, leicht zu entkräften, angesichts der Überlegung, dass Eintritt und Ausscheiden unter Weiterbestand ohne diesbezüglichen Kontrakt der Genossen nur bei juristischen Personen, also nur bei rechtsfähigen Vereinen zulässig ist, nicht dagegen bei Vereinen, die der Rechtsfähigkeit entbehren, da nur jene eine überindividuelle rechtliche Wesenheit besitzen, nicht aber diese. In den Verbindungen, die keine Rechtssubjektivität erlangen, bleibt eben das einzelne Mitglied Subjekt, daher ist zur Aufrechterhaltung der Gemeinschaft bei Mitgliederwechsel der Konsens jedes Teilnehmers erforderlich. Das Gesetz musste also konsequenterweise diese Personenmehrheiten zu Gesellschaften bestimmter Art machen: Sie fallen unter den Oberbegriff der Sozietät, der die beiden Unterbegriffe Gesellschaft im engeren Sinne (die gewöhnliche Gesellschaft des BGB.) und nicht rechtsfähiger Verein (Sozietät des BGB. mit Besonderheiten) umfasst. Unzutreffend nennt daher mit Recht auch Gierke (Vereine etc., 2. Aufl., S. 10, Anm. 16), obwohl sonst anderer als der

hier vertretenen Ansicht, die Auffassung Leists[138], nach der die Gesellschaften nichtrechtsfähige Vereine sein sollen. Denn identisch sind diese beiden Kategorieen nicht, da die Sozietät der weitere, der Verein ohne Rechtsfähigkeit der engere Begriff ist, und der andere Unterbegriff der Sozietät, die Gesellschaft im engeren Sinne, sich vom nichtrechtsfähigen Verein dadurch unterscheidet, dass für sie zahlreiche Regeln nicht gelten, die die Eigentümlichkeiten gerade des der Rechtssubjektivität entbehrenden Verbandes bilden. — Endlich liegt auch nicht der geringste Anlass vor, in der Konstruktion der Vereine ohne Rechtssubjektivität als besonderer Arten von Sozietäten einen „Notbehelf" zu erblicken, da ihnen doch nun einmal das Gesetz die Rechtsfähigkeit versagt, und anderseits keine Form als so passend und allen begrifflichen Voraussetzungen des in Rede stehenden Instituts so entgegenkommend vorgestellt werden kann, als eben die Gesellschaft, da sie doch auch, wie festgestellt, den Mitgliederwechsel verträgt! Ein Grund, weshalb hier eine über den Einzelnen stehende tatsächlich aber nicht rechtlich anerkannte Persönlichkeit angenommen werden sollte, ist nicht einzusehen, weil die modifizierte Sozietät allen Anforderungen des praktischen Bedürfnisses in dieser Beziehung gerecht wird. Die Aufstellung einer dritten Art von Personenmehrheiten würde auch nur die ganze Rechtsmaterie über diesen Gegenstand komplizierter und verwirrter gestalten, und die klare Schärfe der sich gegenüberstehenden Begriffe verwischen, ganz abgesehen davon, dass eine derartige Konstruktion bei

138) „Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit" S. 37 Anm. 1.

dem Mangel jeder gesetzlichen Unterlage als recht bedenklich erscheint. Also hält man am besten an den bisherigen vollkommen hinreichenden Kategorieen der juristischen Person einerseits und der Gesellschaft anderseits fest: Tertium non datur![140] Der nichtrechtsfähige Verein darf daher als eine eigentümliche Art der Sozietät angesehen werden; falls er landesgesetzlich zwangsweise gebildet ist, müsste man ihn, wenn der Ausdruck erlaubt ist, als Quasisozietät konstruieren. Seine Charakteristika beruhen teils auf Parteiwillkür, teils auf Gesetz: Wollen die Begründer der Personenverbindung, sie solle ein Verein sein, so geben sie ihr diesen Namen und ordnen im Gesellschaftsvertrag, der in diesem Fall „Statut" genannt wird, an, sie sei unabhängig vom Wechsel der Mitglieder,[141] Anwachsung des Anteils erfolge bei Fortfall eines Genossen, Abkreszenz beim Eintritt, sie erhalte einen Vorstand als gewillkürten Vertreter, die Beschlüsse einer Generalversammlung der Teilnehmer sollten bindende Kraft haben, Teilungsklagen ausgeschlossen sein u. s. f. Die gesamthänderische Struktur der Gesellschaft begünstigt ausserdem die Bildung eines abgesonderten Vermögens, das aber den Einzelnen gehört, nicht einer Verbandspersönlichkeit, wie sich schon daraus ergiebt, dass Grundstücke nicht auf den Namen des Vereins, sondern der Mitglieder einzutragen sind. Dass dieser Wille der Gründer einer Verbindung, einen Verein zu schaffen, recht häufig

140) Zitelmann S. 102 (Begriff u. Wesen etc.), Crome, Bürgerl. Recht Bd. I, S. 259.

141) Cf. Crome, Bürgerl. Recht Bd. I S. 260.

vorhanden ist, dürfte aus der Wahrnehmung im täglichen Leben klar sein, da die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlichen Handlungen in zahlreichen Fällen nicht vorgenommen werden. Meist wird er aber die Folge davon sein, dass eine ursprünglich beabsichtigte Korporation mit juristischer Persönlichkeit nicht zustandegekommen ist, und doch die Mitglieder auf das Bestehenbleiben der Vereinigung grossen Wert legen: So können sie infolge des Einspruchs der Verwaltungsbehörde mit ihrer Eintragung nicht zum erwünschten Ziel gelangt sein, oder ihr Gesuch wurde zurückgewiesen, oder die Rechtsfähigkeit wurde ihnen nachträglich entzogen. Die gesetzlichen Eigentümlichkeiten der nichtrechtsfähigen Vereine beruhen hauptsächlich auf folgenden Vorschriften: Da der Vorstand nicht wie bei der juristischen Person Organ ist, sondern nur Bevollmächtigter, hat er grundsätzlich nicht „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“,[142] eine solche ist ihm aber durch § 50 II ZPO. jedenfalls für den Passivprozess zuerkannt, im Aktivprozess klagen die Mitglieder als Streitgenossen; auch hier wird das Urteil rechtskräftig für und gegen die Einzelnen, da alle durch den mit der Prozessführung betrauten Vorstand vertreten waren. Ihren Gerichtsstand hat die Verbindung in dubio am Gericht des Bezirks, in dem sie ihren Sitz, d. h. ihre Verwaltung hat. Es genügt ein Urteil gegen den Verein als solchen zur Zwangsvollstreckung in das gemeinsame Vermögen der Mitglieder, auch ist gemäss KO. § 213 ein Konkurs darüber möglich, dessen Zulassung bei der gewöhnlichen Gesellschaft

142) § 26 II BGB.

streitig ist[143]. Für die Erfüllung von Geschäften, die der Vorstand im Namen der Verbindung abschliesst, haftet er persönlich, und diese Haftung wird nicht abgewandt durch das Vorhandensein gehöriger Vertretungsbefugnis oder Kenntnis der Gegenpartei vom Mangel der Rechtsfähigkeit der Personenmehrheit. Mit Mithandelnden ist er gesamtschuldnerisch haftbar. Abweichendes kann vereinbart werden. — Alle diese Besonderheiten sind kein Beweis dafür, dass der Verein ohne Rechtsfähigkeit etwas anderes ist, als die Gesellschaft. Rechtsbegriffliche Unterschiede zwischen Beiden bestehen nicht, nur Verschiedenheiten in der Behandlungsweise, die ihren Grund darin haben, dass dem praktischen Bedürfnis nach einer körperschaftsähnlichen Verfassung durch die Möglichkeit abgeholfen werden soll, eine Gesellschaft auch so zu begründen, dass dies hoc erat in votis erfüllt werde, in welchem Falle dann die besonderen gesetzlichen Normen unterstützend eingreifen. Auch Gierke sieht ein,[144] dass für einen etwaigen Unterschied zwischen Sozietät und nichtrechtsfähigem Verein nicht masgebend ist die Unzulässigkeit oder Zulässigkeit des Mitgliederwechsels, da der Verein auch mit fester Mitgliederzahl gegründet sein, jene vertraglich vom Wechsel unabhängig gemacht werden kann. Dann aber bleibt als Merkmal der Verschiedenheit nichts übrig, als die Absicht der Gesellschafter, keine Sozietät, sondern eine Körperschaft zu bilden, und diesen Willen lässt das Gesetz unberücksichtigt.

143) Hierfür wie für das Folgende: Cosack, Bürgerliches Recht, II. Bd. 3. Aufl. S. 415 u. 416.

144) Vereine etc. S. 11.

Somit wäre auch dieser Zweifel über das Verhältnis des Vereins ohne Rechtssubjektivität zur Gesellschaft beseitigt, und die Kernfrage der ganzen Abhandlung über die Möglichkeit durch Sozietätskontrakt bestimmter Aufnahme neuer Mitglieder bei Fortbestand der Gesellschaft im allgemeinen endgültig erledigt. Daher ist jetzt auf die näheren Possibilitäten der vertraglichen Anordnung einzugehen.

III. Abschnitt.

§ 9.

Offenbar enthält, wenn der Gesellschaftsvertrag überhaupt den Eintritt in die Sozietät für erlaubt erklären darf, eine derartige kontraktliche Festsetzung von vornherein die Zustimmung aller Teilnehmer zu späteren Einreihungen neuer Genossen, und diese wiederum erklären sich eben durch ihren Beitritt im Zweifel mit der getroffenen Vereinbarung einverstanden, erteilen also ebenfalls ihren Konsens für gleichartige zukünftige Fälle im voraus.[145] Fraglich ist nur, ob es mit dem Wesen der bürgerlichen Gesellschaft des BGB. vereinbar ist, wenn eine solche Verabredung sich auch auf ganz beliebige, noch unbekannte Personen erstreckt. Dann würde jeder socius das Recht haben, irgend einen ihm passenden Dritten, der gerne in die Gesellschaft aufgenommen werden möchte, ohne weiteres einzuführen, und keiner seiner Mitgesellschafter dürfte widersprechen. Auf den ersten Blick scheint ein solches Übereinkommen ausgeschlossen: Das würde gegen das Prinzip verstossen, die Sozietät sei

145) Siehe oben S. 31 und 32.

ein Vertrauensverhältnis! Schon oben aber wurde nachgewiesen,[146] dass eine solche Bestimmung keineswegs diesem Grundsatz zuwiderhandelt; vielmehr, wenn die Gesellschafter selbst übereinstimmend eine dahingehende Vertragsklausel stipulieren, sie dann auch dasjenige Mass von Vertrauen, das sie zur Erreichung ihrer Zwecke für erforderlich halten, als vorhanden ansehen. Und ihr Wille ist's, der hier nach § 705 entscheidet, da das Gesetz nichts widersprechendes sagt, und auch der Gesellschaftsbegriff diese Möglichkeit nicht ausschliesst: Denn was hier „Vertrauensverhältnis" bedeutet, kann nicht objektiv, sondern nur von Fall zu Fall, nach der subjektiven Ansicht der Vertragsparteien festgestellt werden.[147] Ist daher im Sozietätskontrakt nichts anderes über die Aufnahme bestimmt, als etwa „der Eintritt neuer Gesellschafter ist unter Fortbestand der Gesellschaft gestattet", so stimmen hierdurch stillschweigend alle Sozien der Einführung beliebiger Personen zu. Im praktischen Leben wird eine derartige Übereinkunft freilich nur ganz ausnahmsweise bei bloss lose geschlossenen Verbindungen und stets nur bei Sozietäten mit körperschaftsähnlicher Verfassung, also nichtrechtsfähigen Vereinen getroffen werden.[148] Aber juristisch-begrifflich möglich ist sie. Kann sonach der Gesellschaftsvertrag die Aufnahme noch unbestimmter Personen durch Einführung seitens eines socius verfügen, so wird dies natürlich für ganz

---

146) Siehe oben S. 66 ff.

147) Abweichend Knoke, Eintritt etc.

148) Beispiel: „Die freie deutsche Studentenschaft."

bestimmte schon im Kontrakt in Aussicht genommene auf jeden Fall gelten.

Ebenso selbstverständlich ist es, dass, falls der Sozietätskontrakt die Zustimmung aller Gesellschafter zum Eintritt neuer Mitglieder enthalten kann, er auch den bei jeder Aufnahme besonders zu erteilenden Konsens sämtlicher Sozien anordnen darf. Alsdann wären die Genossen verpflichtet, sobald einer von ihnen eine Person in ihren Kreis einführte, mit ihr einen Gesellschaftsvertrag nach Massgabe des ursprünglichen abzuschliessen. Da dies r ausser bei der Einbringung von Grundstücken formlos ist, geschieht die Zustimmung in der Regel stillschweigend, so dass der äussere Vorgang sich von dem des vorher besprochenen Falles nicht unterscheidet.

Die Klausel des ursprünglichen Sozietätskontrakts, zu jedem Beitritt eines neuen Gesellschafters sei die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich, kann aber auch als blosse Bedingung des Eintritts gemeint sein. Dann besteht keine Verpflichtung der Sozien bei jedem Beitritt ihren Konsens zu erteilen, sondern die Aufnahme selbst soll nur dann als gültig angesehen werden, wenn sämtliche Genossen mit ihr einverstanden sind.

Diese vertraglich angeordnete Voraussetzung des Eintritts kann wieder für bestimmte im Gesellschaftsvertrag bezeichnete, ebenso aber auch für noch unbestimmte, der freien Wahl des Einführenden vorbehaltene Personen kontrahiert werden

Dieselben beiden Möglichkeiten bestehen selbstverständlich auch, wenn die vereinbarte Verfügung

über die Zustimmung aller als Verpflichtung der Sozien gemeint ist. Denn hat man die Zulässigkeit der Aufnahme sowohl vorher bestimmter als auch noch unbestimmter Personen sogar für den Fall des im voraus durch den Sozietätskontrakt erteilten consensus omnium zugegeben, so kann man sie für den bei jeder Aufnahme zu erklärenden nicht leugnen.

Die weiterhin bestehende tatsächliche Möglichkeit, dass der Gesellschaftsvertrag den Eintritt bezeichneter oder noch nicht benennbarer Personen von einem Majoritätsbeschluss der Sozien abhängig macht, also die Gesellschafter ein für allemal versprechen, wenn die Mehrheit die Aufnahme eines neuen Mitgliedes wünsche, sich fügen zu wollen, muss nach dem bereits Gebilligten ebenfalls als gesetzlich konzediert angesehen werden.[149] Denn, wenn der grundlegende Sozietätskontrakt Entscheidung durch Stimmenmehrheit überhaupt anordnen kann, was zu bezweifeln kein Anlass vorliegt, so wird er sie auch für diesen Fall verfügen dürfen, da kein Grund einzusehen ist, weshalb den Vertragsparteien die Befugnis hierzu fehlen sollte.[150]

Ebenso können durch den Gesellschaftskontrakt die geschäftsführenden Sozien mit der Aufnahme neuer Mitglieder betraut werden. Wenn Knoke[151] glaubt, dies sei unzulässig, da der Beitritt neuer Gesellschafter eine „Abänderung des Gesellschaftsvertrags" bedeute, die „nicht in den Bereich der Geschäftsführung falle",

149) Anders Knoke, Eintritt etc. S. 174.
150) Hölder zu § 54, 2c.
151) Eintritt S. 174.

so ist darauf zu erwidern, dass eine Modifikation des ursprünglichen Vertrags doch schon deshalb nicht vorliegen kann, weil er ja selbst im voraus die zukünftige Einreihung von bisher der Vereinigung fernstehenden Personen durch einen Akt der Geschäftsführer vorsieht.[152]

§ 10.

Demnach haben es die Gründer einer Sozietät in der Hand, in ihrem Vertrag von vornherein in beliebiger Weise den Beitritt neuer Mitglieder zu regeln, ohne befürchten zu müssen, dass, wenn auf Grund dieser Vereinbarung ein Eintritt erfolgt, in diesem Augenblick rechtlich die alte Gesellschaft aufgelöst, und eine neue entstanden ist. Daraus folgt: Ist die Aufnahme neuer Gemeinschafter willkürlicher Verabredung überlassen, so kann sie auch ohne jede diesbezügliche Anordnung des ursprünglichen Kontrakts durch einen die Sozietät erweiternden Nachtragsvertrag stattfinden.

Hierin ist dann ein den bisherigen abändernder Gesellschaftsvertrag zu erblicken, und da dieser grundsätzlich formlos abgeschlossen wird, genügt die Zustimmung aller Sozien.

Dieser Kontrakt kann generell, ohne Rücksicht auf bestimmte beitretende Personen, Vorausbestimmungen über die Zulässigkeit der Aufnahme treffen oder sich als Konsens im speziellen Einzelfall darstellen. Dann

152) Auf gleiche Ansicht Gierkes lassen seine Ausführungen schliessen in „Vereine etc.“ S. 16 Anm. 24a.

ist gleichzeitig mit ihm schon der Beitritt vollzogen. Daher kann die Aufnahme eines neuen Gesellschafters auch ohne irgend eine vorherige vertragliche Abmachung durch die Konsenserklärung sämtlicher Mitglieder wirksam d. h. unter Fortbestand der Sozietät, erfolgen. Die Frage, ob es rationeller ist, den einstimmigen Beschluss schon im grundlegenden ursprünglichen Sozietätskontrakt oder in einem späteren, etwa erst bei getätigtem Eintritt zu fassen, kann nur im einzelnen Fall nach Art und Zweck der Gesellschaft beantwortet werden: Ist zum Beispiel der Konsens der verschiedenen Teilnehmer nur mit grossem Zeitaufwand zu erreichen, aber eine baldige Aufnahme wünschenswert, so empfiehlt sich die erste Form, erscheint im Hinblick auf ein enges Vertrauensverhältnis der Gemeinder die Person des Eintretenden von besonderer Bedeutung und demgemäss eine längere Überlegungszeit angemessen, so ist die zweite Form eher geeignet, als die erste. Dabei bleibt aber zu beachten, dass auch der ursprüngliche Vertrag jedesmalige Zustimmung aller Mitglieder als Bedingung festsetzen kann. Dieser doppelte Konsens für die Aufnahme eines bestimmten Rechtssubjekts wird bei Verbindungen zu verlangen sein, die ganz besonders grossen Wert auf die Individualität des Eintretenden legen. Stets aber ist eine auf Aufrechterhaltung trotz Wandlung im Personenbestande gerichtete Willensäusserung aller Beteiligten erforderlich.

Natürlich steht jedoch juristisch dem nichts im Wege, dass die Gesellschafter umgekehrt die Absicht haben, beim Beitritt eines neuen Genossen solle die

alte Sozietät zerstört, und eine neue gegründet sein. Sie könnten diesen Willen wieder in derselben Weise wie den besprochenen entgegengesetzten zum Ausdruck bringen durch Verfügung des ursprünglichen Vertrages, gemeinsamen Beschluss bei der Aufnahme u. s. w. Eine derartige Absicht würde rechtlichen Erfolg haben, ebensogut wie die umgekehrte, aber an und für sich schon so fern liegen und, wie die Betrachtung der dann weiter sich ergebenden Rechtsfolgen lehrt, den Interessen der Sozien so zuwiderlaufen, dass sie wohl niemals im Leben gehegt wird.[153] Daher scheiden unter solchen Voraussetzungen gewollte Aufnahmen aus der Reihe der möglichen aus.

153) Siehe oben S. 17 f. u. S. 28 f.

IV. Abschnitt.

§ 11.

Dies gilt fraglos ebensogut auch für den Eintritt eines neuen Gesellschafters, der die Stelle eines fortgefallenen bisherigen einnehmen soll.

Ein derartiger Aufnahmeakt kann, wie der Beitritt ohne Wegfall eines Mitglieds, nicht durch blossen Mehrheitsbeschluss, Einführung durch einen in der Gemeinschaft bleibenden socius oder Handlung eines Geschäftführers erfolgen, so lange dies kein Vertrag aller Sozien bestimmt, da das Gesetz durch eine solche Vorschrift die Sozietät der juristischen Person gleichstellen würde.

§ 12.

Dagegen steht nichts im Wege aus denselben Gründen, die schon zur Begründung der rechtlich zulässigen Arten der Aufnahme eines den Kreis der Gesellschafter erweiternden neuen Teilnehmers angeführt wurden, diese nämlichen Möglichkeiten auch für den vorliegenden Fall zuzugeben.

Die Richtigkeit dieser allgemeinen Erwägung zu bestätigen, ist eine kurze Betrachtung der vom Gesetz[154] selbst angegebenen Einzelfälle geeignet, in denen bei Weiterexistenz der Gemeinschaft ein Gesellschafter wegfällt.

Zunächst sind die vom Willen der Sozien unabhängigen Ereignisse zu betrachten: Verringert sich durch den Tod eines Gemeinschafters die Mitgliederzahl, so können die Genossen die hierdurch kraft Gesetzes eintretende Auflösung nach § 727 BGB. durch Vertrag abwenden und gleichzeitig auch einen neuen Teilnehmer in ihren Kreis aufnehmen. Dies ist auf zweierlei Weise möglich. Die Sozietät kann mit dem oder den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden, — hiervon wird später die Rede sein, da hier nicht von einem Ausscheiden eines Genossen gesprochen werden kann,[155] . . . — oder mit einer andern in vertragsmässiger Weise bestimmten Person. Dem oben Entwickelten gemäss ist in diesem letzten Fall entweder eine diesbezügliche Klausel im ursprünglichen Gesellschaftskontrakt, der wieder die verschiedensten modi der Aufnahme festsetzen darf, oder eine nachträgliche Abrede erforderlich. Ob es für die Sozien in diesem wie in allen Fällen des Wegfalls von Genossen ratsamer ist, wenn sie eine derartige Bestimmung schon in dem die Gemeinschaft begründenden Vertrag treffen, vorausgesetzt, dass überhaupt der Zweck ihrer Vereinigung und ihre Auffassung darüber einen Teilnehmer-

154) §§ 736 u. 737 BGB.
155) Kühne a. a. O. S. 18.

wechsel als wünschenswert erscheinen lassen, diese Frage kann zweifellos auch hier nur dahin beantwortet werden, dass sie je nach Art und Zweck der Gesellschaft verschieden gelöst werden muss. Erfolgt die spätere Vereinbarung erst nach dem Tode des Mitglieds, so tritt zunächst im Augenblick des Ablebens eine Auflösung ein, die aber kraft Gesetzes wieder aufgehoben und ihrer Wirkungen beraubt wird durch den folgenden den Fortbestand, eventl. zugleich die Aufnahme eines neuen Gesellschafters anordnenden Vertrag.[156] Der Eintritt kann jedoch auch durch eine selbständige, erst nach der Fortsetzungsabrede stattfindende Übereinkunft verfügt werden. Ist keine besondere Vereinbarung über das Weiterbestehen, wohl aber über die Zulässigkeit des Beitritts im grundlegenden oder einem späteren Vertrag getroffen, so liegt hierin eo ipso gleichzeitig der Wille der Parteien, die Gesellschaft solle unabhängig vom Wechsel der Teilnehmer sein, also trotz Ausscheidens eines Genossen fortdauern, sofern sich nicht aus sonstigen einstimmigen Abmachungen ein anderes ergibt. Trifft aber kein Sozietätskontrakt eine der vorstehenden Bestimmungen des Fortbestandes, so ist mit dem Wegfall des Mitglieds die Personenverbindung endgültig zerstört. —

Dauert auf Grund einer Übereinkunft der Verband fort, so entsteht für den Ausscheidenden folgende Rechtslage: Er verliert seine Mitgliedschaft und alle Rechte, die sich aus seiner bisherigen Eigenschaft als Gesellschafter ergeben, soweit sie nicht auf einem be-

156) Abweichend Kühne a. a. O. S. 17.

sonderen, individuell bestimmten Titel beruhen (Gösch, a. a. O. S. 38). Die quoad usum eingebrachten Gegenstände erhält er zurück, es sei denn, dass sie durch Zufall, d. h. einen nicht durch diligentia quam suis eines Gesellschafters abwendbaren Unfall, verloren gegangen oder verschlechtert worden sind. Sein Anteil akkresziert ipso jure den in der Gemeinschaft bleibenden Sozien, auch Grundstücke. Doch nach § 894 hat er zur Berichtigung des Grundbuchs seine Einwilligung zu geben. Die „dinglichen Rechte“ im Sinne des Reichsoberhandelsgerichts[157] werden zu personenrechtlichen Ansprüchen, deren Summe dem Betrag gleichkommt, der für ihn bei der Auseinandersetzung resultiert haben würde, wenn die Sozietät zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Hat die Gesellschaft mit Verlust gearbeitet, so muss er seinen Anteil daran einzahlen. An Gewinn und Verlust schwebender Geschäfte nimmt der Ausscheidende teil, ohne aber auf deren Abwickelung noch wie ein Gesellschafter einwirken zu können; z. B. hat er kein Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher. Er ist eben kein socius mehr. Der Verlust seiner Gesellschafterstellung ändert aber nichts an seiner Haftung gegenüber den Gläubigern aus den schwebenden Geschäften. Dafür hat er aber das Recht auf Auszahlung des aus ihnen erzielten Gewinnes, auf Rechenschaft am Schluss jedes Geschäftsjahres über sie, soweit sie beendigt sind, und endlich Auskunft über die noch nicht beendigten. (Vergl. Kühne, a. a. O. S. 39 ff.)

---

157) Bd. XVIII. S. 43, cf. Kühne a. a. O. S. 31.

Im allgemeinen dieselben Rechtsfolgen ziehen sämtliche andern Fälle des Ausscheidens nach sich, z. B. zunächst der Fortfall eines Gesellschafters infolge Konkurses. Auch hier sind die Sozien in der Lage, die kraft Gesetzes eintretende Auflösung durch den grundlegenden oder einen nachfolgenden Vertrag zu verhindern und gleichzeitig oder durch Nachtragskontrakt ihre Zahl aui der bisherigen Höhe zu erhalten. Der Anteil des Ausscheidenden wächst wieder nach § 738 BGB. den übrigen Gesellschaftern ipso jure an. Nach Massgabe desselben Paragraphen findet auch die Abfindung des Konkursverwalters ohne materielle Auseinandersetzung sfatt. Berichtigung des Grundbuchs kann ebenfalls verlangt werden.

Der Gläubiger eines socius ferner ist befugt gemäss § 725 BGB. den Anteil seines Schuldners am Gesellschaftsvermögen zu pfänden und dann die Sozietät zu kündigen. Die Gemeinschaft wird hierdurch grundsätzlich nach Ablauf der Kündigungsfrist oder, wenn eine solche nicht gesetzlich besteht oder ausgemacht ist, im Augenblick der Kündigung gesprengt. Indess kann hier wiederum eine entgegengesetzte vertragliche Bestimmung das Weiterbestehen und die Aufnahme eines neuen Genossen verfügen. Zwar nennt der § 736 BGB., der Fälle des Ausscheidens von Mitgliedərn angibt, bei denen die Aufrechterhaltung der Personenverbindung der Privatwillkür der Teilnehmer überlassen ist, die Kündigung durch einen Gläubiger nicht ausdrücklich, dennoch aber wird man nicht fehlgehen in der Annahme, dass, da nach der Pfändung der Quote der Gläubiger gleich-

sam den socius vertritt, das Gesetz auch diesen Fall gleichzeitig meint, wenn es von der Kündigung des Gesellschafters redet.[158] Die weiteren Folgen des Wegfalls durch Kündigung des Gläubigers bei Fortbestand der Gemeinschaft sind analog den vorher besprochenen: Abfindung des Gläubigers des Ausscheidenden durch die Sozien und Akkreszens des Anteils an diese.

Von einem Willensakt der Gesellschafter abhängig ist der Ausschluss eines kündigenden Mitglieds aus der Verbindung, der nur stattfinden kann, wenn ein Kündigungsgrund des § 723 I Satz 2 für die übrigen Teilnehmer dem Wegfallenden gegenüber vorliegt, und der Sozietätskontrakt die Aufrechterhaltung des Verbandes trotz Kündigung eines Genossen bestimmt. Ein kulposes Verhalten des Auszuschliessenden wird nicht erfordert. Der Akt des Ausschlusses besteht in einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung der Gesellschafter an den hierdurch Exkludierten, dass die Gemeinschaft ohne ihn auf Grund eines einstimmigen Beschlusses der Übrigbleibenden fortbestehe, ist also nichts anderes als eine Gegenkündigung der Genossen.[159] Der hier vorausgesetzte Konsens kann wieder im Gründungsvertrag erklärt sein oder später erfolgen unter Mitwirkung des Ausscheidenden oder ohne ihn. Eines richterlichen Ausschliessungserkennt-

158) Ebenso Knoke, „Das Recht der Gesellschaft S. 127, Planck a. a. O., 1901 S. 578 Gösch a. a. O. S 18f, leitet diese Ausscheidungsmöglichkeit aus anderen Gründen ab. Kühne a. a. O. S. 18.

159) cf. Planck a. a. O. 1901 S. 580. Kühne a. a. O. S. 22 und 27.

nisses bedarf es im Gegensatz zum HGB. im bürgerlichen Gesellschaftsrecht nicht. Nach getätigtem Ausschluss, durch den dem Gesamthandsgrundsatz gemäss keine Auflösung stattgefunden hat, sind die Sozien in der Lage ihren verminderten Mitgliederbestand durch Aufnahme eines neuen Teilnehmers auf Grund des ursprünglichen oder eines Nachtragsvertrags unter Weiterexistenz der Gemeinschaft zu ergänzen. Der Ausgeschlossene wird nach den Vorschriften des § 738 BGB. befriedigt.

Der Wegfall von Gesellschaftern kann endlich auch durch den Willen der Ausscheidenden selbst herbeigeführt werden, nämlich durch ihre Kündigung, die allen Teilnehmern zugegangen sein muss und deren Voraussetzungen die §§ 723 und 724 BGB. angeben. Trotz dieser einseitigen Austrittserklärung Einzelner bleibt die Sozietät bestehen, wenn eine übereinstimmende Willenserklärung der Mitglieder dies bestimmt. Hier aber bedarf es keiner Erklärung dieses Beschlusses an den Kündigenden. Darin liegt eben der Unterschied von dem vorhergehenden Fall. Gleichzeitig mit der Vereinbarung des Fortbestandes oder ihr nachfolgend kann wieder die Aufnahme eines oder mehrerer neuer Teilnehmer ausgemacht werden oder kraft des ursprünglichen Sozietätskontrakts stattfinden, ohne dass hierdurch die Gesellschaft aufgelöst würde. Der Austretende wird nach § 738 abgefunden; er hat keinen Anspruch auf eine Quote und Auseinandersetzung. — Da das BGB. die rechtliche Unfähigkeit selbständig das Vermögen zu verwalten nicht mehr als besonderen Auflösungsgrund kennt, sie vielmehr nur unter Um-

ständen einen Kündigungsgrund in sich enthalten kann,[160] ist nunmehr die Betrachtung der gesetzlich aufgezählten Einzelfälle des Wegfalls von Gesellschaftern beendet. Sie zeigt aufs Neue die Richtigkeit und praktische Tauglichkeit der zu beweisen versuchten Ansicht, die bürgerliche Sozietät bleibe beim Wechsel der Mitglieder bestehen, dagegen die Unbrauchbarkeit der entgegengesetzten Auffassung für das wirkliche Leben: Während nämlich bei dieser der Fortfall von Mitgliedern zur Sprengung des Personenverbandes führt und daher, falls die Vereinbarung der Fortdauer des Unternehmens nicht gleichzeitig mit der der Aufnahme neuer Genossen stattfindet, hier sogar zwei Neugründungen mit all den Umständlichkeiten der Uebertragungen des Gesellschaftsvermögens Stück für Stück erforderlich sind, tritt bei jener in der vorliegenden Arbeit vertretenen, überhaupt keine Zerstörung der Gemeinschaft und Neugründung ein, sodass Eintritt und Austritt nur die ausserordentlich einfache Rechtsfolge der Ab- bezw. der Anwachsung der Anteile haben. Diese Feststellungen gelten nicht nur für diejenigen modi des Beitritts an Stelle Weggefallener, die analog schon beim Eintritt ohne Ausscheiden eines bisherigen socius als zulässig befunden wurden, sondern wie sich jetzt zeigen wird, zum Teil auch für solche denkbaren Aufnahmearten, die sich abweichend von denen beim Zuwachs neuer Genossen für die Ersatzaufnahme ergeben.

---

160) cf. Staub S. 498.

§ 13.

Ein derartiger Beitritt zur ungeminderten Erhaltung des Mitgliederbestandes kann nämlich wie oben[161] ausgeführt, tatsächlich auch herbeigeführt werden durch Uebertragung der Mitgliedschaft seitens eines ausscheidenden Teilnehmers. Hierdurch würde der Erwerber socius werden, der Verfügende aufhören es zu sein. Jedem Mitkontrahenten des Sozietätsvertrages ohne weiteres, ohne entsprechende Vereinbarung oder im einzelnen Fall erteilte Zustimmung der übrigen Genossen dies Recht einräumen zu wollen, würde der Natur der Gesellschaft durchaus widersprechen: Nicht nur wäre dann jede Spur ihres wichtigsten Merkmals, der Bedeutsamkeit des Individuums, verwischt, sondern die Geltung des Gesamthandprinzips im Sozietätsrecht des BGB. müsste auch geleugnet werden.[162] Durch eine so weit gehende einseitige Verfügungsbefugnis den Mitgesellschaftern ohne ihren Willen eine ganz unbekannte Person aufnötigen zu dürfen, würde im praktischen Leben überaus verhängnisvoll sein, juristisch aber jeden Gedanken an das genannte Rechtselement illusorisch machen. Dazu kommt, dass das BGB. in § 717 in folgerichtiger Durchführung der deutschrechtlichen Grundsätze die Unübertragbarkeit der den Sozien „aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander" zustehenden Ansprüche ausdrücklich normiert, eine Vorschrift, die zunächst nur die Einzelansprüche betrifft, umsomehr

161) Siehe S. 17.
162) Heusler a. a. O. S. 236 ff.

also für deren Gesamtheit, das ganze Mitgliedschaftsrecht, gelten wird.[163]

Keine Bedenken hingegen dürften einer derartigen Übertragung gegenüber bestehen, falls sie mit Einverständnis aller Teilnehmer erfolgt. Dies würde der begrifflichen Voraussetzung, dass die Sozietät ein Vertrauensverhältnis ist, nicht im geringsten widersprechen, da die Gefahr der Aufdrängung eines Fremden nicht mehr vorliegt; auch entspräche es durchaus dem gesamthänderischen Prinzip, nach dem alle Gemeiner zusammen den Ersatz eines Genossen zulassen können.[164] Ganz irrelevant ist hierbei die Art, in der die Sondernachfolge selbst sich vollzieht, ob entgeltlich oder unentgeltlich, durch Verkauf[165] oder Verpfändung. Die Schenkung des Mitgliedschaftsanteils unter Lebenden seitens eines Gesellschafters, der sich aus irgend einem Grunde von den Geschäften zurückziehen möchte, an seinen zukünftigen Erben, wird ein sehr häufig vorkommender realer Fall des Lebens sein. Ebenso gleichgültig ist für die Zulässigkeit des Beitritts wie der Konsens aller Mitglieder sich äussert, ob er bereits im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage erklärt ist oder in jedem einzelnen Falle erteilt wird; es bestehen hier eben wieder alle die Möglichkeiten der

163) Fischer-Henle a. a. O. Anm. 2 zu § 717.

164) Gierke, Deutsches Privatrecht S. 691. Abweichend Knoke, Recht der Gesellschaft S. 37 ff.

165) Wenn Scherer (S. 1023) meint, hierin liege eine Durchbrechung des Systems der gesamten Hand, so scheint er zu verkennen, dass doch grade diesem Prinzip die Regelung aller auf die Gemeinschaft bezüglichen Verhältnisse, also auch des Verkaufs der Mitgliedschaft, durch einstimmigen Beschluss der Gemeiner eigentümlich ist.

Aufnahme, die die vorstehenden Überlegungen beim Eintritt ohne und mit Wegfall eines socius als rechtswirksam erkennen liessen.[166] Stets ist ein irgendwie zum Ausdruck gekommenes allseitiges Einverständnis unentbehrliche Voraussetzung.[167] Die Übertragung der Mitgliedschaft auf einen Dritten mit Zustimmung aller Sozien erscheint also nach dem Gesagten als zulässig. Für die offene Handelsgesellschaft galt diese Konsequenz des Gesamthandsgrundsatzes schon lange.[168]

Die Rechtsfolgen einer solchen Verfügung richten sich naturgemäss vor allem nach den Bestimmungen, die der Übertragungsvertrag enthält. Er wird ausnahmslos diesbezügliche Anordnungen treffen, insbesondere über die Schuldenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Für die in dubio sich ergebenden Wirkungen ist die in der Veräusserung der Mitgliedschaft liegende Übertragung von Personenrecht bedeutsam: Es gehen nicht solche Rechte über, die dem austretenden socius kraft besonderer Fähigkeit oder sonstiger Eigenschaften zustehen, kurz, die ihren

166) Gegenüber den zuletzt genannten Fällen lassen sich natürlich hinsichtlich der weiteren Rechtsfolgen im Einzelnen Unterschiede feststellen. Zu einem abweichenden Resultat kommt man hier auch beim Vergleich der Ansicht des Bestehenbleibens mit der der Auflösung des Personenverbandes infolge Wechsels der Teilnehmer. Für diese zweite Auffassung ergibt sich nämlich hier nur eine einmalige Auflösung auf jeden Fall, da bei Übertragung der Mitgliedschaft mit allseitigem Konsens die Vereinbarung des Fortbestandes und die Aufnahme zusammenfallen.

167) Zustimmend Knoke, Eintritt S. 173. Windscheid-Kipp a. a O. S. 738. — Anderer Meinung Knoke, Recht der Gesellschaft S. 132.

168) Reichsoberhandelsgericht Bd. 14 S. 141.

Grund in seiner Person haben, wie beispielsweise das Recht auf Einsicht in die Geschäftsbücher oder Teilnahme an der Geschäftsführung u. s. f. Selbstverständlich können aber derartige Sonderrechte gleichzeitig mit der Übertragung der Mitgliedschaft für den Eintretenden neu begründet werden, denn die Zustimmung aller Gesellschafter ist ja ohnehin zu dieser Verfügung erforderlich. Da der Wegfallende freiwillig auf seine Teilhaberschaft verzichtet hat, wird er nur die bedungene Gegenleistung vom Eintretenden, mangels solcher keinerlei Abfindung verlangen können.

§ 14.

Die freigewordene Stelle eines wegfallenden Mitglieds kann endlich, wie die Betrachtung der natürlichen Möglichkeiten des Eintritts zeigt, auch durch den Erben des mit dem Tode abgegangenen bisherigen socius wieder besetzt werden. Dies spricht indirekt Absatz 1 des § 727 BGB. aus: Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt".

Ohne Abrede der Genossen ist also auch hier Bestehenbleiben der Gemeinschaft ausgeschlossen.

Kann aber der Sozietätskontrakt hiernach den Fortbestand der Personenverbindung beim Ableben eines Mitglieds verfügen, so wird er das Nämliche auch bestimmen können, wenn er gleichzeitig den Eintritt des Erben anordnet, denn der Paragraph gibt

eben ganz allgemein den Kontrahenten für den Fall des Hinscheidens eines Genossen das Recht, die Gesellschaft trotz hierdurch eintretender Veränderung im Personenbestande aufrecht zu erhalten. Wie diese Erhaltung geschieht, ob ohne Ersatz des Verstorbenen oder mit solchem, überlässt das Gesetz dem Ermessen der Parteien.[169]

Diese Abrede kann wieder unter allen den Modalitäten, unter denen ohne Wegfall eines Mitgliedes der Fortbestand der Gemeinschaft beim Eintritt eines neuen Genossen vereinbar ist, den Beitritt kraft Erbgangs regeln. Haben die Kontrahenten vertraglich bestimmt, beim Tode eines Mitglieds solle die Sozietät mit dessen Erben fortgesetzt werden, so kann selbstverständlich auch ein Testamentserbe an die Stelle seines Erblassers rücken, einer der Fälle,[170] in denen ein einzelner Gesellschafter über die Aufnahme eines Neulings kraft des grundlegenden Vertrags disponieren darf. Die Sozien können nach dem Tode eines von ihnen zum Zwecke der Fortsetzung des Gemeinschaftsverhältnisses mit dem Nachfolger von diesem den Nachweis seiner Erbenqualität verlangen, die sich aus den diesbezüglichen Bestimmungen des BGB. ergibt. Diese Möglichkeit der Vereinbarung des Bestehenbleibens der Gesellschaft bei Sukzession in die Mitgliedschaft kraft Erbgangs bestand im römischen Recht

---

169) Planck a. a. O. zu § 727 II; Cosack a. a. O. II. Aufl. S. 389; Oertmann a. a. O. zu § 727,2; Knoke, Recht der Gesellschaft S. 124; Matthiass a. a. O. S. 634; Fischer-Henle zu § 727 Anm. 1.

170) Andere s. o. S. 81 ff.

nicht,[171] ausser bei der societas vectigalium.[172] Das ALR. b stimmte, bei Sozietäten, die nicht auf Erwerb gerichtet wären, sollten die Erben ohne weiteres an des Erblassers Stelle treten, es sei denn, dass dessen Beteiligung höchst persönlicher Natur wäre;[173] bei Gesellschaften mit vermögensrechtlichen Zwecken dagegen sollte der Erbe in locum defuncti nur dann sukzedieren, wenn der Verstorbene nicht gleichzeitig an der Geschäftsführung teilgenommen hätte. War er Geschäftsführer, so konnten beide Parteien im Zweifel vom Vertrage zurücktreten.[174] — Das alte wie das neue HGB. erlauben ebenfalls die Fortsetzung der Sozietät mit den Erben eines bisherigen Gesellschafters,[175] und auch das heutige bürgerliche Recht, wie gezeigt, verbietet es nicht. —

Selbstverständlich steht nach BGB. einer dahingehenden konventionellen Übereinkunft auch in der Form eines späteren Nachtragsvertrags nichts im Wege.[176]

Die Bestimmung der Parteien kann sowohl besagen, die Sozietät werde mit dem Erben weitergeführt, als auch sie könne es. Im ersten Fall wird der successor des Verstorbenen, vielleicht ohne es zu wissen, im Augenblick des Todes des Mitglieds Gesellschafter, da die Stellung als socius fest mit der Erbschaft als solcher verbunden ist und daher ipso jure beim Erbfall mit übergeht. Ganz anders, wenn die

171) l. 35, l 52, § 9 D. 17,2.
172) l. 59 pr. D. 17,2.
173) ALR Bd I, 17, §§ 278 ff.
174) ALR. Bd. I, 17, §§ 280 ff.
175) Art. 123 No. 2 des alten u. § 131 No. 4 u. § 139.
176) Motive zum BGB. Bd. 2 S. 623.

zweite Möglichkeit gegeben ist: Dann enthält die vertragliche Anordnung nichts anders als die Einräumung, die Sozietät dürfe unter Umständen mit dem Substituten eines Teilnehmers fortgeführt werden. Hier ist die Zulässigkeit des Eintritts noch von einer näheren Beschlussfassung der Sozien über die Person des Aufzunehmenden abhängig gemacht. Dieser Fall entspricht also dem oben für die Aufnahme ohne Wegfall eines socius besprochenen: Der Gesellschaftsvertrag verfügt, der Eintritt in die weiterbestehende Gesellschaft erfolge in der Weise, dass jedesmal zum Beitritt eines neuen Genossen die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich sei.

Befreien kann sich der Erbe von der Mitgliedschaft nur, wenn er entweder nach § 1944 BGB. der ganzen Erbschaft oder, als Delat mehrerer Erbteile, dem mit dem Gesellschaftsanteil entsagt, mag die Berufung nun auf verschiedenen oder gleichen Gründen beruhen; doch muss im letzten Falle erblasserische Ausschlagungserlaubnis erteilt sein. Wird erst durch einen Nachtragsvertrag mit dem Erben eines verstorbenen Gesellschafters die Aufnahme vereinbart, so hängt es von dem Wollen des Universalsukzessors ab, ob er eintritt oder nicht.

Fähig socius zu werden sind auch minderjährige Erben. Ihr gesetzlicher Vertreter füllt alsdann ihre Stelle im Personenverbande der Sozietät aus. Die Gesellschafter können indess die Aufnahme vom Vorhandensein gewisser Eigenschaften des Berufenen, z. B. der Volljährigkeit, abhängig machen.

Mehrere Erben rücken sämtlich in die durch den Tod ihres Erblassers im Kreis der Gesellschafter entstandene Lücke ein; streitig ist, ob als einzelne selbständige Sozien oder als Einheit. Für die offene Handelsgesellschaft des alten HGB. bekannte sich das Reichsgericht[177] zur ersten Auffassung, der sich auch Staub angeschlossen hat.[178] Die als Erben Berufenen dürfen anolog dem Einzelerben die Erbschaft und daher auch die damit verbundene Mitgliedschaft der Sozietät, deren Teilnehmer ihr Erblasser war, ausschlagen. Dagegen haben sie wiederum nicht das Recht, das Vermögen des Verstorbenen anzunehmen, aber auf die Beteiligung an der Gesellschaft zu verzichten, da dies Verfahren die Interessen der Mitglieder schädigen würde, die die Sozietät mit ihnen fortsetzen wollen. — Die bezeichnete Verfügung des Gesellschaftsvertrags ist demnach kein pactum in favorem tertii, das nach § 333 BGB. die Annahme des Begünstigten voraussetzt.

Mehrere Erben können auch in der Weise an die Stelle ihres Erblassers als socius treten, dass sie aus ihrer Mitte einen gemeinsamen Vertreter bevollmächtigen, der für sie alle die Gesellschafterstellung einnehmen soll. Individualitäts- und Gesamthandsprinzip des geltenden bürgerlichen Sozietätsrechts verlangen dann aber eine Vereinbarung dieses Repräsentationsrechts durch sämtliche Gesellschafter, wenn der Personenverband fortbestehen soll. Wann und wo der

177) Bd. 16, S. 44.

178) Staub a. a. O. S. 449. Anderer Meinung fürs BGB. Knoke, Recht der Gesellschaft S. 117.

Konsens geäussert wird, ist gänzlich gleichgültig. Er kann im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder in einer späteren Abrede aller Sozien liegen: Es ergeben sich auch hier wieder alle die Möglichkeiten, die beim Eintritt eines neuen Mitglieds ohne Wegfall eines bisherigen unterschieden wurden. Ist durch den grundlegenden Sozietätskontrakt im voraus für den Fall des Vorhandenseins von Miterben Repräsentation vereinbart, so sind sie nach der Annahme zur Bevollmächtigung eines von ihnen verpflichtet.

Der Erbe tritt nach dem Ableben des Erblassers in dessen sämtliche Rechte und Pflichten, die ihm als Gesellschafter zustanden, ein, mit Ausnahme der höchstpersönlichen, soweit nicht das Gleiche auch für diese vertraglich bestimmt ist.[179] Aber bei Gefahr im Verzuge hat auch ohne ausdrückliche Anordnung des Kontrakts, wie aus § 727 Abs. 2 hervorgeht, diese besonderen Geschäfte, die dem Verstorbenen oblagen, sein Nachfolger, nach unverzüglicher Benachrichtigung der übrigen Mitglieder vorläufig so lange weiter zu führen, bis anderweitige Massnahmen getroffen werden können.[180] Für die Schulden der Gesellschaft haftet der successor natürlich wie der Erblasser, also nicht nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch persönlich, sodass die Gläubiger der Sozietät in der Lage sind, einen gegen alle Teilnehmer vollstreckbaren Titel zu erlangen. Die dilatorischen Einreden des Erben aus den §§ 2014—2017 BGB. stehen ihm wegen

179) Oertmann a. a. O. zu § 727,1a. Planck a. a. O. zu § 727,2.

180) Protokolle 2. Bd. S. 2457.

der dinglichen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens nicht zu. Schwierigkeiten ergeben sich namentlich, wenn mehrere in die Stelle des Verstorbenen sukzedieren, und dann, wenn der Erbe nur beschränkt für die Nachlassverbindlichkeiten haftet. Auf diese Fragen hier näher einzugehen, würde zu weit führen; es sei nur betont, dass der zuletzt genannte Fall durch die Ueberlegung leicht erledigt wird, dass die Schulden, die der Nachfolger des bisherigen socius als Gesellschafter zu tragen hat, doch keine Nachlass — sondern Schulden des Erblassers als Gesellschafters sind, der Erbe also in dieser durch ihn für den Toten fortgesetzten Eigenschaft für sie unbeschränkt haftet, ein Ergebnis, das bei dem Recht des Sukzessors sich auf grund des § 716 BGB. über die Verhältnisse der Sozietät zu informieren und bei ungünstigen Wahrnehmungen nach § 1944 BGB. die Erbschaft auszuschlagen, keineswegs als unbillig erscheint.

V. Abschnitt.

Schluss.

Hiermit ist der Endpunkt dieser Untersuchung erreicht, die die Möglichkeiten der wirksamen Aufnahme, im zu Anfang festgestellten Sinne, in die bürgerliche Gesellschaft ermitteln und beleuchten sollte. Es bedarf sonach nur noch einer kurzen Zusammenstellung der gewonnenen Ergebnisse, um zu einem klaren Bild zu gelangen. Die bündige Antwort auf die Frage, was können die Sozien nach BGB. tun, wenn sie einen neuen Gesellschafter aufnehmen und dabei nicht wollen, dass die alte Sozietät aufgelöst und eine neue gegründet werde, lautet in Gemässheit des Erörterten also: Die Genossen dürfen erstlich ihrem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage eine Klausel des Inhalts beifügen, der Eintritt neuer Mitglieder, bestimmter wie noch unbestimmter, solle ohne weiteres oder nur bei jedesmaliger Zustimmung aller Teilnehmer, zu der diese auch verpflichtet werden können, oder kraft eines Majoritätsbeschlusses oder eines Aktes der Geschäftsführer oder endlich mittelst Ersatz eines infolge der vom Gesetz genannten Ereignisse Weggefallenen oder

durch Verfügung unter Lebenden oder mit dem Tode abgegangenen socius durch seinen Sondernachfolger beziehungsweise Erben gestattet sein. In den letzten Fällen des Ersatzbeitritts kann die Aufnahme in denselben verschiedenen Arten stattfinden, wie bei der den Kreis der Teilnehmer erweiternden, nur ist natürlich bei Übertragung der Mitgliedschaft durch einen Ausscheidenden die blosse Einführung ausgeschlossen. Auch mehrere Erben dürfen an die Stelle ihres Vorgängers treten auf Grund des ursprünglichen Vertrages und, wenn dieser es gestattet, sogar durch einen Repräsentanten. Zum andern erlaubt den Sozien das Gesetz, auch wenn der grundlegende Kontrakt schweigt, bei Konsens sämtlicher Genossen durch generellen oder speziellen Nachtragsvertrag neue Gesellschafter als Zuwachs oder als Ersatzmitglieder ihrem Kreise einzureihen. Schliesslich können sie bei allseitigem Einverständnis die Mitgliedschaft eines ausscheidenden Genossen einem Neuaufzunehmenden in beliebiger Weise übertragen, insbesondere auch dem Erben eines verstorbenen Teilhabers.

Somit gewährt das der Gesellschaft des BGB. und anderen genossenschaftlichen Verbindungen eigentümliche Gefüge der gesamten Hand eine reiche Fülle von Möglichkeiten des Eintritts neuer Mitglieder unter Fortbestand des Personenverbandes, ohne dass diese den Bedürfnissen des praktischen Lebens in wünschenswertester Weise entgegenkommende Regelung die Abhängigkeit der Sozietät von der Individualität der Mitglieder, das wichtige Unterscheidungsmerkmal von der juristischen Person, aufhöbe. Die Sozietät des bürger-

lichen Rechts erscheint demnach nicht als gänzlich abhängig vom Wechsel im Personenstande, aber die Persönlichkeit der Einzelnen ist doch bei ihr, im Gegensatz zur Korporation, insoweit von Bedeutung, als es zur Aufnahme neuer Genossen stets einer zustimmenden Willensäusserung aller Beteiligten bedarf, mag sie nun schon weit im voraus, im ursprünglichen Vertrag, ein für allemal oder erst im gegebenen Fall oder endlich bei beiden Gelegenheiten, also doppelt, abgegeben sein. Das Gesetz hat hiermit der Parteiwillkür den breitesten Spielraum gelassen, vom engsten Vertrauensbunde bis zur körperschaftsähnlichen Verfassung können die Gemeinschafter ihr gegenseitiges Verhältnis in den verschiedensten Gebilden beliebig gestalten, eine willkommene germanische Neuerung, eine zugleich den fortschreitenden Anforderungen der wirtschaftlichen und idealen Betätigung Rechnung tragende rechtliche Umbildung unter Beibehaltung der klaren und scharfbegrenzten römischen Grundformen.